Die Annahme an Erfüllungsstatt

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Philipps-Universität

zu Marburg

vorgelegt von

Herbert Hartmann

Gerichtsreferendar aus Mühlhausen in Thür.

Marburg 1928

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig

1928

Berichterstatter: Geheimer Justizrat Professor Dr. Franz Leonhard

Inhalt.

Hauptteil III.

Einzelfragen.

Literatur.

A. Monographien und Aufsätze.

Adler, „Die Einwirkung der Wechselbegebung auf das kausale Schuldverhältnis". In Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 64 S. 127 ff., Bd. 65 S. 141 ff.

Arendt, „Die Rechte des Gläubigers, welchem die an Erfüllungsstatt gegebene Sache vinziert worden ist". Diss. Erlangen 1898.

Bechmann, „Der Kauf nach gemeinem Recht". Zweiter Teil, erste Abteilung. Erlangen 1884.

Bendix, „Die Haftung für den Rechtsbestand von Rechten". In Archiv für bürgerliches Recht Bd. 32 S. 323 ff.

Berndorff, „Die Annahme an Erfüllungsstatt". Berlin 1904.

Bickel, „Welche rechtlichen Folgen ergeben sich aus der mangelhaften Beschaffenheit der an Erfüllungsstatt gegebenen Leistung gemäß den Vorschriften des römischen Rechts?" Diss. Erlangen 1897.

v. Blume, „Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung". In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des deutschen Rechtes Bd. 55 S. 209 ff.

Boemer, „Der Erfüllungswille". (Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 20 Heft 1.) München 1910.

Brütt, „Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht". Berlin 1908.

Burckhard, „Zum Begriff der Schenkung". Erlangen 1899.

Chamitzer, „Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld". Leipzig 1902.

Clausen, „Ein Beitrag zur Erläuterung der §§ 364 II und 607 II BGB. unter Berücksichtigung der Novationslehre". Diss. Erlangen 1908.

Cohn, „Die Wandlung bei Hingabe an Erfüllungsstatt durch Dritte". Im „Recht" 1905 S. 102 f.

— „Die Zahlungsgeschäfte". In Endemanns Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts Bd. 3 Buch III Abschn. 12.

Danz, „Die Auslegung der Rechtsgeschäfte". Jena 1897.

— „Laienverstand und Rechtsprechung". In Iherings Jahrbüchern Bd. 38 S. 373.

Davidsohn, „Zur Streitfrage über die Zulässigkeit der sogenannten Einrede des Prokuraindossamentes". In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes Bd. 18 S. 1 ff.

Eck, „Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches". Herausgegeben von Rudolf Leonhard. Bd. 1. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1903.

Fehr, „Über Hingabe an Erfüllungsstatt". Diss. Borna-Leipzig 1902.

Hartmann, „Über den rechtlichen Begriff des Geldes". Braunschweig 1868.

v. Jacubetzki, „Zur Frage des allgemeinen Chikaneverbotes". In Gruchots Beiträgen Bd. 40 S. 591 ff.

Karlowa, „Römische Rechtsgeschichte". Leipzig 1901.

Klausing, „Die Zahlung durch Wechsel und Scheck", Marburg 1919.

Klein, „Untergang der Obligation durch Zweckerreichung". Berlin 1905
— „Die Natur der causa solvendi". Diss. Bonn 1903.
Kohler, „Studien über Mentalreservation und Simulation". In Iherings Jahrbüchern Bd. 16 S. 91 ff.
— „Annahme und Annnahmeverzug". In Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 261 ff.
van Koolwyk, „Hingabe an Erfüllungsstatt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch". Diss. Borna-Leipzig 1902.
Kretschmar, „Die Erfüllung". Leipzig 1906.
Kuntze, „Die Obligation und die Singularsukzession des römischen und heutigen Rechts". Leipzig 1856.
— „Die Obligationen im heutigen und römischen Recht". Leipzig 1886.
Lang, „Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte". In Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 83 S. 336 ff.
Leist, „Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien". Jena 1889.
Leonhard, „Die Beweislast". 1. Aufl. Berlin 1904; 2. Aufl. Berlin 1926.
— „Erfüllungsort und Schuldort". Berlin 1907.
— „Römisches Recht". In Birckmeyers Encyclopädie 2. Aufl., Berlin 1904.
— „Aufrechnung gegen eine Nichtschuld". In Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 21 S. 171 ff.
— „Die Wahl bei der Wahlschuld". In Iherings Jahrbüchern Bd. 41 S. 1 ff.
Litten, „Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Recht". Berlin 1903.
Nissen, „Regulierung sogenannter erlaubter Spielschulden durch Wechsel". In Juristische Wochenschrift 1901 S. 884 ff.
Nußbaum, „Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts". Tübingen 1925.
Oertmann, „Die Zahlung fremder Schulden". In Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 82 S. 367 ff.
— „Entgeltliche Geschäfte". (Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 23 Heft 3.) München 1912.
Pescatore, „Die Wahlschuldverhältnisse". München 1905.
Quander, „Leistung an Erfüllungsstatt". Diss. Rostock 1903.
Regelsberger, „Alternativobligation und alternative Ermächtigung des Gläubigers". In Iherings Jahrbüchern Bd. 16 S. 159 ff.
— „Zwei Beiträge zur Lehre von der Zession". In Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 63 S. 157 ff.
Reichel, „Die Zwangsüberweisung gepfändeter Fahrnis an den Gläubiger (§ 825 ZPO.)". In Iherings Jahrbüchern Bd. 53 S. 108 ff.
— „Die Schuldübernahme". München 1909.
Römer, „Die Leistung an Zahlungsstatt". Tübingen 1866.
Schloßmann, „Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolges". In Iherings Jahrbüchern Bd. 45 S. 97 ff.
Schmidt, „Zum Streite um die Rechtsnatur der Rechtsgeschäfte zu Inkassozwecken". In Gruchots Beiträgen Bd. 57 S. 241 ff.
Schollmeyer, „Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf". In Iherings Jahrbüchern Bd. 49 S. 93 ff.
Schöninger, „Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts". Tübingen 1906.
Siber, „Der Rechtszwang im Schuldverhältnis". Leipzig 1903.
Stammler, „Die Lehre von dem richtigen Rechte". Berlin 1902.
Stampe, „Das Kausa-Problem des Zivilrechts, eine rechtspolitische Studie am § 365 BGB." Greifswald 1904.

v. Tuhr, „Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem BGB." In Straßburger Festschrift für A. S. Schultze, Leipzig 1903.
Unger, „Österreichisches Obligationenrecht". In Gruchots Beiträgen Bd. 15 S. 541 ff.
Witte; „Über die Leistung an Zahlungsstatt von Römer". In Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 8 S. 481 ff.
Wolff, „Das Geld". In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts Bd. 4 Abtlg. 1 Abschn. 3. Leipzig 1913.
Wieland (zu vorstehendem). In Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 83 S. 303 ff.

B. Lehrbücher und Kommentare.

Achilles-Greiff, „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch". 11. Aufl. Berlin u. Leipzig 1923.
Biermann, „Das Sachenrecht". 2. Aufl. Berlin 1903.
Brinz, „Lehrbuch der Pandekten". Erlangen 1879.
Cosack, „Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes". Bd. 1. 6. Aufl. Jena 1913.
Crome, „System des deutschen bürgerlichen Rechts". Bd. 1: Einleitung und Allgemeiner Teil. Tübingen und Leipzig 1900; Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Tübingen u. Leipzig 1902.
Dernburg, „Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reiches und Preußens". 2. Abtlg. 4. Aufl. Halle (Saale) 1915.
— „Pandekten". Bd. 2. 7. Aufl. Berlin 1903.
— „System des römischen Rechtes". (Der Pandekten 8. Aufl.) 2. Teil. Berlin 1912.
Endemann, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes". Bd. 1. 9. Aufl. Berlin 1903.
Enneccerus, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts". Bd. 1. Abtlg. 1: Allgemeiner Teil, 18.—21. Aufl. Marburg 1923; Bd. 1 Abtlg. 2: Recht der Schuldverhältnisse, 18.—22. Aufl. Marburg 1923.
Jaeger, „Kommentar zur Konkursordnung". 5. Aufl. Berlin 1916.
Kohler, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts". Bd. 2. Teil 1. Berlin 1909.
Kretzschmar, „Das Sachenrecht". Leipzig 1906.
Leonhard, Franz, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts in kurzen Sätzen". 1. Aufl. Berlin 1923, 2. Aufl. Berlin 1926.
Leonhard, Rudolf, „Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches". Berlin 1900.
Matthiaß, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts". 5. Aufl. Berlin 1910.
Müller-Meikel, „Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs". 2. Aufl. München 1904.
Oertmann, „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch". Bd. 1: Allgemeiner Teil, Berlin 1908; Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1910.
Planck, „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch". Herausgegeben von Dr. E. Strohal. Bd. 1: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Berlin 1913; Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. Berlin 1914.
Rehbein, „Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen". Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1903.
Reichsgerichtsräte, „Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts". 2. Aufl. Berlin 1913.
Schollmeyer, „Recht der Schuldverhältnisse". 1. Hälfte: Allgemeiner Teil. München 1900.
Sohm, „Institutionen des römischen Rechts". Leipzig 1911.

v. Staudinger, „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch". Allgemeiner Teil, 9. Aufl. München 1925; Recht der Schuldverhältnisse 7. u. 8. Aufl. München 1912.

Stein-Jonas, „Die Zivilprozeßordnung erläutert". Bd. 1. 12. Aufl. Tübingen 1925.

v. Tuhr, „Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts". Bd. 2, 1. Hälfte. München u. Leipzig 1914.

Windscheid-Kipp, „Lehrbuch des Pandektenrechts". 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Wolff, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts". III: Das Sachenrecht. 15.—19. Aufl. Marburg 1923.

Hauptteil I.

Geschichtliches.

§ 1.

Die Annahme an Erfüllungsstatt im römischen und gemeinen Recht.

Kraft des Schuldverhältnisses kann der Gläubiger vom Schuldner eine Leistung verlangen, für welche dieser einzustehen hat und zwar in den ältesten Zeiten mit seiner Person[1]). Dieses rechtliche Verhältnis zwischen zwei Personen, wobei die eine an die andere gebunden erscheint, reicht bis in die ersten Anfänge des Rechts überhaupt, so auch des römischen Rechts zurück. Es entspricht dem zu allen Zeiten bestehenden Bedürfnis der Menschen, im gegenseitigen Verkehr Objekte auszutauschen, die, dem einen entbehrlich, dem anderen Befriedigung eines wirtschaftlichen Bedürfnisses gewähren können.

Jedes junge Recht legt mehr Wert auf die Formen, in denen rechtsverbindliche Abmachungen vor sich gehen, als auf den wirtschaftlichen Erfolg, auf den sie abzielen[2]). So können im älteren römischen Recht nur bestimmte Schuldverhältnisse und diese nur in bestimmten Formen begründet werden. Und wie das Eingehen des Schuldverhältnisses von Wahrung bestimmter Formen abhängig ist, so müssen auch zur Lösung des Bandes zwischen Gläubiger und Schuldner, zur solutio, entsprechende Formen beobachtet werden. Nicht der wirtschaftliche Erfolg, die Befriedigung des Gläubigers, ist es, die den Schuldner befreit, sondern die Erfüllung der Formalien, in welchen freilich meistens die Herbeiführung des wirtschaftlichen Erfolges enthalten war, wie z. B. bei der solutio per aes et libram in älterer Zeit[3]), manchmal aber auch nicht — so

---

1) Kuntze, Obligationen S. 17 f.
2) Kretschmar S. 11;
Dernburg S. 17.
3) Karlowa II S. 819;
Kretschmar S. 6;
Leonhard in Birckm. Encycl. S. 155;
Sohm S. 592.

bei der acceptilatio [4]). Bezeichnend für die verschiedene Auffassung der Erfüllung im römischen und heutigen Recht ist der verschiedenartige Wortgebrauch: „Solutio" einerseits, „Erfüllung" andererseits. Ersteres bezeichnet nur die Lösung des Schuldners (vgl. Gajus III, 174 „... me ... a te solvo ...") ohne Rücksicht auf den Obligationsinhalt, letzteres deutet auf den wirtschaftlichen Erfolg [5]).

Die Lösungsformalien entsprechen im ältesten römischen Recht denen, die zur Begründung des Schuldverhältnisses nötig waren. Sie sind nur eine Umkehrung der Eingehungsformalien, sogenanntes Prinzip des contrarius actus [6]). Mag auch dieser Satz — vor allem in späterer Zeit — nicht uneingeschränkt gegolten haben [7]), so wirkte er doch so stark auf das römische Rechtsleben ein, daß er sich noch in den Digesten findet [8]).

Eine derjenigen Quellenstellen, welche uns zeigen, daß die Form auch im späteren römischen Recht noch die Erfüllungslehre stark beeinflußt — die l. 80 D. 46, 3 — legt aber zugleich Zeugnis ab davon, daß die römische Rechtswissenschaft zur Zeit des Pomponius schon den rein formalen Standpunkt überwunden hatte und auch auf die materielle Seite der Erfüllung — Leistung dessen, wozu sich der Schuldner verpflichtete — Wert legte. Die Stelle beginnt: „Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: Ut cum re contraximus, re solvi debet ... et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet ..." Der letzte Satz ist gegenüber dem vorhergehenden inkonsequent, die Worte „vel re" sind danach nicht zu erwarten; aber die Stelle fährt fort und gibt den Grund der Inkonsequenz an: „Verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re veluti cum s o l v i t, q u o d p r o m i s i t." Der Gedanke der formlosen materiellen Befriedigung steht also gleichberechtigt neben dem der Erfüllung von Formalien. Erst mit dem Augenblick, in dem dieser Gedanke sich durchgesetzt hat, kann die Lehre von der in solutum datio beginnen, da ihr ja der Gedanke der formlosen materiellen Befriedigung des Gläubigers in noch weit höherem Maße zugrunde liegt: Noch nicht einmal inhaltlich entspricht die Leistung dem Obligationsinhalt. So ist es auch nicht verwunderlich, daß das römische Recht, als es die Möglichkeit einer formlosen Erfüllung schon allgemein anerkannte, die

---

4) Leonhard a. a. O.;
Sohm S. 594.

5) Kretschmar S. 1;
Sohm S. 597.

6) Kuntze, Obligationen S. 157;
Karlowa II S. 815;
Leonhard a. a. O. S. 155 f.;
Sohm S. 592.

7) Karlowa a. a. O.

8) l. 35 D. 50, 17; l. 153 zit.; l. 80 D. 46, 3.

Frage, ob die in solutum datio das Schuldverhältnis aufheben könne, verschieden beantwortete und streng genommen niemals zu einer endgültigen Lösung brachte. Da es somit von großer Wichtigkeit war, ob die Leistung des Schuldners sich als solutio oder datio in solutum darstellte, schieden die römischen Juristen scharf zwischen beiden Fällen und empfanden richtig, daß der Hauptgegensatz darin bestehe, daß statt der geschuldeten Leistung eine andere erfolgt [9]). Ferner erkannten die Römer, daß es nicht angängig sei, dem Gläubiger die andere Leistung aufzudrängen, sondern daß es einer Einigung zwischen Gläubiger und Schuldner bedürfe, um den Schuldner — sei es ipso jure, sei es ope exceptionis — zu befreien [10]). Allerdings haben wir im römischen Recht einen Ausnahmefall, das sogenannte beneficium dationis in solutum in Nov. 4 Kap. 3. Es ist aber wohl nur der damaligen allgemeinen ungünstigen Wirtschaftslage entsprungen und hat dementsprechend seine Auferstehung nach dem dreißigjährigen Kriege im Jüngsten Reichsabschied von 1654 gefunden [11]).

Diese beiden Hauptterfordernisse der datio in solutum sind in den Quellen allgemein anerkannt. Sie sind es auch durch das gemeine Recht und in den Partikularrechten geblieben [12]). Über ihre Wirkungen herrschte aber Streit. Dieser Streit nimmt seinen Ausgangspunkt von einem Schulgegensatz der Sabinianer und der Proculianer, der uns in Gai. Inst. III, 168 wiedergegeben ist: „Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debetur. Unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio soluerit, utrum ipso jure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso jure maneat obligatus, sed adversus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diversae scholae auctoribus visum est." Diese Verschiedenheit der Ansichten über die Wirkung der datio in solutum bedingt den Streit der Juristen durch die Jahrhunderte hindurch bis zur Abfassung des BGB. über die Rechtsfolgen, die eintreten, wenn der an Erfüllungsstatt gegebene Gegenstand Mängel rechtlicher oder tatsächlicher Art hat [13]). Die Verteidigung und Begründung der Ansicht von der Ipso-jure-Wirkung machte den Sabinianern Schwierigkeiten. Der Gedanke der formlosen materiellen Befriedigung reichte nicht

---

[9]) l. 2 D. 12, 1: „Aliud pro alio solvi"; sehr scharf ist dieser Gegensatz auch in l. 98 § 6 D. 46, 3 herausgearbeitet.

[10]) l. 2 D. 12, 1; l. 46 D. 46, 3; l. 4 § 31 D. 44, 4.

[11]) Vgl. Gruchot i. s. Beitr. Bd. 18 S. 448.
Über die Bedenken gegen ein solches beneficium siehe Enneccerus I, 2 § 228 Anm. 1.

[12]) Gruchot a. a. O. S. 448 ff.

[13]) Den inneren Zusammenhang dieser beiden Streitfragen fühlt unklar heraus Witte in Krit. Vierteljahresschrift Bd. 8 S. 485 f. Klar erkennen ihn Karlowa II S. 1381 und Kreschmar S. 52 ff. Wohl zustimmend Dernburg, System § 315 Anm. 7.

aus, da der Schuldner nicht „solvit, quod promisit.“ Von einer Erfüllung von Formalien konnte schon gar keine Rede sein. So blieb den Sabinianern zur Begründung ihrer Ansicht nichts übrig, als die datio in solutum zu einem ganz selbständigen, von dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis unabhängigen Geschäft mit Tilgungswirkung auszugestalten. Dem römischen Recht war der Gedanke, aus einem bloßen Hilfsgeschäft, der Erfüllung, ein selbständiges Geschäft zu machen, nicht so fremd, wie er es unserm Recht ist. Legte doch das älteste römische Recht dem Grundgeschäft, zu dessen Erfüllung geleistet wurde, gar keine Bedeutung bei: Wenn es fehlte, so war die durch den Erfüllungsakt vollzogene Vermögensverschiebung vollgültig und dem Schuldner stand kein Kondiktionsanspruch zu[14]). Erst später führte man den Gedanken durch, daß das Erfüllungsgeschäft nicht um seiner selbst willen da ist, sondern nur den durch das Schuldverhältnis angestrebten Rechtserfolg herbeiführen soll und demzufolge keine selbständige Geltung für sich beanspruchen kann. Auf diese alte Anschauungsweise kamen die Sabinianer zurück, als sie die Lehre von der datio in solutum, einer früher unbekannten Art der Schuldtilgung, aufstellten. Sie erblickten also in der datio in solutum ein selbständiges Rechtsgeschäft, welches in der Hingabe und Annahme eines aliud zu Tilgungszwecken bestand, und durch dessen Abschluß die Schuld erlosch. Folgerichtig mußten die Sabinianer dem Gläubiger, welchem die in solutum gegebene Sache entwehrt worden war, den Rückgriff auf das alte Schuldverhältnis verwehren, denn es war ja durch den Abschluß des Angabevertrages erloschen. Um den Gläubiger vor Schaden zu bewahren, blieb nur übrig, ihm eine Klage auf das Interesse zu geben. Bei dem Aktionensystem des römischen Rechts lehnte man sich dabei an die actio empti an und gab ihm eine actio empti utilis. Diese analoge Anwendung der Kaufklage ist erklärlich, wenn man berücksichtigt, daß das römische Recht nur solche Fälle einer datio in solutum kannte, die eine gewisse Ähnlichkeit mit einem Kaufvertrag hatten, nämlich Hingabe einer Sache oder eines schon bestehenden Rechtes gegen einen Dritten, also Leistungen des Schuldners, die auch Gegenstand eines Kaufvertrages sein können. Nicht dagegen finden wir in den Quellen den Fall der Übernahme einer neuen Verbindlichkeit unter denselben Personen an Erfüllungsstatt. Bei der juristischen Behandlung der datio in solutum gingen die Sabinianer davon aus, daß Gläubiger und Schuldner eine Art Kaufvertrag über das aliud geschlossen hätten: Der Schuldner verkauft das aliud an den Gläubiger und erhält dafür als Kaufpreis Befreiung von seiner Schuld. Diese Auffassung tritt uns entgegen in l. 4 C. 8, 44 „. . . nam eius modi contractus vicem venditionis obtinet.“ Sie vertritt auch Ulpian in

---

[14]) Stampe, Kausaproblem S. 34.

den Digestenstellen l. 4 § 31 D. 44, 4 und l. 15 D. 42, 4. Ein Beweis dafür, daß die Sabinianer die datio in solutum zu einem ganz selbständigen, von dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis unabhängigen Geschäft mit Tilgungswirkung ausgestalteten, ist darin zu erblicken, daß die zitierten Stellen der bloßen datio in solutum Tilgungskraft beilegten, ohne Rücksicht darauf, ob der Gläubiger den Gegenstand behalten konnte, im Gegensatz zur solutio, wo die Befreiungswirkung dadurch bedingt ist, daß der Gläubiger das Geleistete behält (l. 58 D. 21, 2). Kretschmar[15]) versucht diesen Gegensatz zwischen solutio und datio in solutum mittels einer „eigentümlichen Denkweise der sabinianischen Schule" zu erklären, welche darin besteht, „daß an Stelle eines Gegenstandes sein Wert veranschlagt und dieser als Vertragsgegenstand substituiert wird." Die Annahme dieser Denkweise mag richtig sein. Sie führt aber nicht zur Beantwortung der Frage, warum die Sabinianer die datio in solutum mit Wirkungen ausstatteten, die über diejenigen der solutio hinausgehen. Diese Denkweise kann höchstens dazu führen, daß der datio in solutum Solutionswirkung gegeben wird, da (nach Anwendung der Substituierung) nicht mehr an Erfüllungsstatt geleistet, sondern das Geschuldete gegeben wird. Wohl aber läßt sich dieser Unterschied bei der hier vertretenen Auffassung erklären.

Die l. 15 D. 42, 4 weicht allerdings insofern etwas ab, als darin nicht die actio empti utilis, sondern wahrscheinlich ein Anspruch auf Wiederherstellung des Forderungsrechtes gegeben ist. („. . . quanti tua interest empti, si emisti, vel ob debitum reddendum, si in solutum data est [sc. Theodota], repetere non prohiberis.") Aber sie entspringt doch der gleichen Grundauffassung, wonach das alte Forderungsrecht durch den Abschluß des Angabevertrages endgültig untergangen ist und demzufolge der Gläubiger durch einen neu fundierten Anspruch entschädigt werden muß[16]).

Zu anderen Ergebnissen kommt man, wenn man sich der Ansicht der Prokulianer anschließt. Danach wird der Schuldner durch die datio in solutum nur ope exceptionis befreit. Das Forderungsrecht des Gläubigers erlischt nicht, sondern seiner Geltendmachung steht nur eine exceptio — sei es doli oder pacti — entgegen. Diese fällt aber weg, wenn die in solutum gegebene Sache Mängel hat. Dann kann der Gläubiger sein Forderungsrecht ungehindert wieder geltend machen, er kann die exceptio durch eine replicatio zurückschlagen. Wirtschaftlich betrachtet ist also bei mangelhafter datio in solutum die alte Forderung bestehen geblieben. Diese Auffassung liegt den Digestenstellen l. 46 D. 46, 3 („si quis aliam

---

15) S. 51.

16) Vgl. Brinz, Pandekten 2 S. 336 Anm. 12.

rem pro alia volenti solverit et fuerit res evicta **manet pristina obligatio**" und l. 60 D. 46, 3 („is, qui alienum hominum in solutum dedit, usocapto homine liberatur") zugrunde.

Die Aussprüche der l. 4 § 31 D. 44, 4, l. 15 D. 42, 4 und l. 4 C. 8, 44 einerseits und der l. 46 D. 46, 3 und l. 60 cit. andererseits schließen sich einander aus. Denn nach den letztgenannten Stellen bewirkt die datio in solutum keine Befreiung, wenn nicht der geleistete Gegenstand dauernd in das Vermögen des Gläubigers übergeht. Geht aber der Gegenstand über, so bedarf es der actio empti utilis bzw. des Anspruchs auf Wiederherstellung des alten Forderungsrechtes nicht mehr.

Wie kommt es nun, daß die zitierten Stellen in derselben Frage von ganz verschiedenen Anschauungen ausgehen und zu widersprechenden Entscheidungen gelangen, obwohl doch Justinian ausdrücklich versichert, daß sich in der Kompilation keine Widersprüche fänden?[17]) Das ist folgendermaßen zu erklären: Der Streit über Exzeptions- oder ipso jure-Wirkung der datio in solutum war in pr. I. 3, 29 zugunsten der letzteren Ansicht entschieden. Die Kompilatoren fanden aber noch die verschiedenen Ansichten der Sabinianer und der Prokulianer mit ihren verschiedenen Konsequenzen im Falle der Eviktion vor und behielten beide Konsequenzen bei, ohne zu berücksichtigen, daß die Festsetzung der ipso jure-Wirkung für die Ansicht der Prokulianer nur deklaratorische Bedeutung hatte, wenn man im übrigen ihre Konsequenzen beibehielt; denn den Parteien ist es gleich, ob das Forderungsrecht ipso jure erloschen ist, oder ob seiner Geltendmachung eine peremtorische Einrede entgegensteht. Unbewußt wurde also der alte Streit in seinen Konsequenzen herübergenommen. Aus der Fassung der Stellen läßt sich allerdings nicht mit unbedingter Sicherheit der Zusammenhang zwischen dem Schulstreit und der verschiedenen Entscheidung der Quellen schließen; doch kommt das wahrscheinlich daher, daß die Kompilatoren die Stellen für ihre Zwecke verändert oder lückenhaft wiedergegeben haben.

In den folgenden Jahrhunderten versuchte man die Widersprüche in den Quellen zu lösen, ohne aber auf den Streit der Sabinianer und Prokulianer einzugehen[18]).

Maßgebend für diese Lösungsversuche war meist das Bestreben, beiden Entscheidungen der Quellen gerecht zu werden. Herrschend wurde schließlich im gemeinen Recht die Ansicht, daß dem Gläubiger im Eviktionsfalle ver-

---

[17]) „constitutio Tanta circa" § 15.

[18]) Vgl. hierüber **Kretschmar** S. 57 zu Anm. 15—18;
Römer S. 4 ff.;
Bickel S. 10 f.
Vgl. die Bestimmung in § 243 f. Teil I Tit. 16 ALR und **Gruchot** in s. Beitr. Bd. 18 S. 469 f.

schiedene Ansprüche zuständen: Entweder könne er auf das alte Schuldverhältnis zurückgreifen oder aber er könne Gewährleistung entsprechend dem Kaufrecht verlangen [19]). Diese Lösung ist unbefriedigend. Sie gibt dem Gläubiger sehr weitgehende Rechte und bedeutet daher eine schwere Unbilligkeit für den Schuldner [20]). Sie steht sicher nicht im Einklang mit Justinians Bestreben, die Lage des Schuldners möglichst zu mildern. Auch ist bei dieser Ansicht die Antinomie der Quellen keineswegs beseitigt, wie Bickel [21]) annimmt. Wie oben schon ausgeführt, schließen sich die beiden Ansprüche ihrer Art nach aus.

Verfehlt ist die Deduktion Römers [22]), welcher auch die herrschende Meinung des gemeinen Rechts teilt und eine Unvereinbarkeit der beiden Ergebnisse mit folgender Begründung leugnet: Beim Tausch, bei der Teilung, beim Vergleich usw., kurz bei allen Geschäften, die auf eine Eigentumsübertragung gerichtet seien, bestände nach römischen Recht die obligatio fort, wenn die Leistung des Schuldners nicht Eigentum auf den Gläubiger übertrage. Trotz des Fortbestehens der obligatio ständen aber dem Gläubiger die Eviktionsansprüche zu. Genau dasselbe müsse aber auch für die datio in solutum gelten: Auch sie sei auf eine Eigentumsübertragung gerichtet. Wenn man — wie Römer es auch tut — weiter annähme, daß die obligatio, zu deren Tilgung geleistet worden sei, fortbestehe, sofern nicht durch die datio in solutum Eigentum auf den Gläubiger übertragen werde, so sei nicht einzusehen, weshalb in diesem Fall die Eviktionsansprüche ausgeschlossen sein sollten. Römer übersieht hier aber, daß bei Tausch, Teilung usw. die Eviktionsansprüche aus der obligatio hervorgehen, daß sie nicht trotz, sondern gerade wegen des Fortbestehens der obligatio möglich sind, daß sie nur eine modifizierte Leistungsklage sind — gegenüber der Erfüllung ein aliud —, daß aber die Eviktionsansprüche bei der datio in solutum nach römischem Recht aus dem Hingabevertrag hervorgehen, daß sie eine modifizierte Klage auf Erfüllung dieses Vertrages sind — gegenüber der Erfüllung der zugrunde liegenden obligatio ein plus. —

Wenn wir nun die verschiedenen Ansichten der Quellen über die Wirkungen der datio in solutum im Eviktionsfall kritisch würdigen, so ist folgendes zu erwägen: Die datio in solutum ist ein solutorisches Geschäft. Demzufolge muß sie das Schuldverhältnis ipso jure aufheben, so daß nicht wieder darauf zurückgegriffen werden kann. Die Ansicht der l. 46 D. 46, 3 und l. 60 zit. ist daher abzulehnen. Sie ist aber auch nur ein solutorisches Geschäft, das heißt sie hat nur den Zweck, das alte

---

[19]) Vertreter dieser Ansicht sind: Windscheid, Römer, Vangerow.
[20]) Berndorff S. 26 Anm. 1.
[21]) S. 34.
[22]) S. 49.

Schuldverhältnis aufzuheben, nicht darüber hinaus Rechtswirkungen zu erzeugen, welche die zugrunde liegende Verpflichtung nicht hatte. Es ist also grundsätzlich falsch, sie als ein selbständiges Geschäft mit Kaufcharakter aufzufassen und dementsprechend Folgerungen zu ziehen, wie l. 4 § 31 D. 44, 4 und l. 15 D. 42, 4. Die solutio selbst äußert Rechtswirkungen nur im Zusammenhang mit dem Schuldverhältnis und das ist auch natürlich, da sie nur das Endstück des Schuldverhältnisses ist, nichts sebständiges.

Bezeichnend dafür, daß aber die Römer den vorwiegend solutorischen Charakter der datio in solutum immer anerkannten, trotzdem sie ihr selbständige Verpflichtungswirkungen gaben, ist die l. 5 D. 16, 1. Diese Stelle behandelt die datio in solutum für einen Dritten durch eine Frau. Der Frau ist es durch das Senatusconsultum Vellejanum verwehrt, zu interzedieren, d. h. eine fremde Schuld, ohne rechtlich dazu verbunden zu sein, zu übernehmen. Wohl aber darf sie eine fremde Schuld bezahlen, wenn sie dem Schuldner dadurch schenken will: „senatus enim obligatae mulieri sucurrere voluit, non donanti" (l. 4. zit.). Nach der zitierten Stelle darf sie aber auch zur Erfüllung einer fremden Schuld an Erfüllungsstatt hingeben, obwohl sie dadurch evtl. zu Gewährleistungsansprüchen verpflichtet wird.

Nur die Ansicht der l. 8 C. 7, 45 vermag einigermaßen zu befriedigen. Sie gibt dem Gläubiger einen Anspruch auf Wiederherstellung seines Forderungsrechtes: War der alte Anspruch ein Kaufanspruch, so bekommt der Gläubiger wieder einen solchen (aus welchem der Schuldner nach Kaufrecht haftet), war er ein solcher aus Schenkung, so kann der Gläubiger nur dementsprechend wieder Herstellung verlangen. (Die Wiederherstellung führt also zu der ursprünglich gemilderten Haftung des Schuldners.) In gewissem Umfang trägt also diese Quellenstelle der Eigenart des Grundgeschäfts Rechnung und gestaltet — im Gegensatz zu den beiden anderen Ansichten — nicht die Wirkungen der datio in solutum in jedem Falle gleich. Ganz befriedigend ist sie aber auch nicht [23]). Gerade diese Ansicht gelangte aber im gemeinen Recht nicht zur Herrschaft, und auch das BGB. hat sie nicht übernommen.

---

[23]) Über die Schwierigkeiten, die sich ihrer Verwirklichung entgegenstellen, vgl. Berndorff S. 89.

Hauptteil II.

Die Annahme an Erfüllungsstatt im geltenden Recht.

Abschnitt I.

Abgrenzung der Annahme an Erfüllungsstatt von verwandten Tilgungshandlungen.

§ 2:

Abgrenzung der Annahme an Erfüllungstatt von der Erfüllung im allgemeinen.

Durch das Schuldverhältnis soll ein wirtschaftliches Bedürfnis des Berechtigten durch ein bestimmtes Verhalten des Verpflichteten befriedigt werden[1]). Das Schuldverhältnis trägt den Zerfallskeim in sich: Seinem Wesen nach endigt es, wenn das wirtschaftliche Bedürfnis des Gläubigers, welches zu seiner Entstehung führte, befriedigt ist und zwar befriedigt durch ein dem Inhalt entsprechendes Verhalten des Schuldners. Dieses Verhalten des Schuldners ist somit festgelegt durch den Inhalt des Schuldverhältnisses, es ist „Verwirklichung des Obligationsinhaltes" [2]). Es ist nicht weiter verwunderlich, wenn das Schuldverhältnis durch ein obligationsmäßiges Verhalten des Schuldners erlischt (ohne daß hiermit etwas über die rechtliche Natur der Erfüllung gesagt sein soll). Wohl aber erfordert der Fall Beachtung, daß der Schuldner etwas anderes leistet, als seiner Verpflichtung entspricht und doch befreit wird. Das ist der Fall der Annahme an Erfüllungsstatt.

An sie knüpft das Gesetz besondere, von denjenigen der Erfüllung abweichende Rechtswirkungen: Die geschuldete Leistung muß der Gläubiger annehmen, wenn er nicht in Annahmeverzug geraten will, nicht so eine an Erfüllungsstatt angebotene Leistung. Liegen die Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung gemäß § 30 Ziff. 2 KO. im übrigen vor, so ist eine

---

1) Litten S. 4.
2) Kretschmar S. 133.

Annahme an Erfüllungsstatt anfechtbar, nicht die Erfüllung [3]). Vor allem aber ergibt sich die Notwendigkeit, die Annahme an Erfüllungsstatt scharf von der Erfüllung oder anderweitiger Schuldtilgung — z. B. durch einen Dritten — zu scheiden deshalb, weil das Gesetz im § 365 an die Annahme an Erfüllungsstatt Rechtswirkungen knüpft, die zum Teil von denen abweichen, die im Falle der Erfüllung eintreten. Es ist daher erforderlich die Annahme an Erfüllungsstatt von allen verwandten Schuldtilgungshandlungen, d. h. von allen, die eine materielle Leistung zum Gegenstand haben — im Gegensatz z. B. zum Erlaß — zu scheiden.

Erfüllung ist gemäß § 362 „Bewirken der geschuldeten Leistung an den Gläubiger". Annahme an Erfüllungsstatt ist dagegen gemäß § 364 „Annahme einer anderen als der geschuldeten Leistung zum Zwecke der Schuldtilgung". Man sollte also meinen, damit sei die Erfüllung genau abgegrenzt, indem nur zu vergleichen ist die zu bewirkende Leistung mit der angebotenen. Stimmen beide überein, so ist der Vollzug der Leistung eben Erfüllung. So einfach wäre es aber nur, wenn das Schuldverhältnis wirklich nur auf eine ganz genau bestimmte Leistung gerichtet wäre. Das ist aber nicht der Fall. Der Schuldner hat vielmehr so zu leisteu, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242). Innerhalb gewisser Grenzen kann der Schuldner also verschiedenartige Leistungen anbieten, die alle Erfüllung sein können; denn es ist sehr wohl denkbar, daß verschiedenartige Leistungen alle Treu und Glauben entsprechen. Das meint wohl auch Pescatore [4]), wenn er sagt: „Mehrere Erfüllungsmöglichkeiten für den Schuldner liegen nun aber weiter in zahlreichen anderen Fällen vor . . . außerdem auch bei fast allen Speciesobligationen. Daß der Schuldner wirklich nur in einer ganz bestimmten Weise seine Verbindlichkeit erfüllen könne, wird sich nur in ganz besonderen Fällen behaupten lassen." Die Möglichkeit verschiedenartiger Erfüllung erkennt auch in weitem Umfang das Reichsgericht an [5]). Der Rahmen für die verschiedenartigen Erfüllungsmöglichkeiten kann sich auch nach Abschluß des Schuldvertrages so verändern, daß das ganze Vertragsverhältnis umgestaltet wird [6]). Veränderung der Umstände kann bei Berücksichtigung von Treu und Glauben sogar bis zum Rücktrittsrecht einer Partei führen, zumindestens bis zum Ausschluß der Geltendmachung eines Rechtes seitens einer Partei [7]). Eine Umänderung größten Umfanges von Schuldverhält-

---

[3]) Pescatore S. 283.

[4]) S. 95.

[5]) So im Beschluß vom 13. 5. 1903 bei Gruchot Bd. 47 S. 917.

[6]) Einen Fall wesentlicher Umgestaltung — Umwandlung eines Wahlschuldverhältnisses in ein einfaches — siehe Leonhard in Iherings Jb. Bd. 41 S. 25.

[7]) Danz, Auslegung S. 154.

nissen infolge veränderter Umstände haben wir in der erst kurz zurückliegenden Inflationszeit erlebt. Der enormen Geldentwertung wurde hier von den Gerichten durch Anwendung der Sätze von Treu und Glauben in größtem Umfang Rechnung getragen [8]).

Daß überhaupt Schwierigkeiten bei Beantwortung der Frage, ob eine angebotene Leistung Erfüllung ist, auftauchen, kommt daher, daß die Feststellung — ob Erfüllung oder nicht — im Wege der nachträglichen Prognose getroffen wird: Man stellt nicht zunächst fest, welche Erfüllungsmöglichkeiten ein konkretes Schuldverhältnis überhaupt hat, sondern man prüft, ob eine im konkreten Fall angebotene Leistung unter Berücksichtigung des § 242 als Erfüllung betrachtet werden kann.

Die Entscheidung dieser Frage läßt sich auch nicht allgemein geben, da sie eine Interessenabwägung im jeweiligen Fall voraussetzt. Die im konkreten Fall abgegebenen Willenserklärungen sind zu prüfen und auszulegen. Die Auslegung hat nach folgenden Gesichtspunkten zu erfolgen: Es soll das Vertrauen des Vertragsgegners darauf, daß er es mit einem anständigen Menschen zu tun hat, der sich auch nicht an einen Schein von Recht, an den buchstäblichen Ausdruck hält, um Recht in Unrecht zu verwandeln, geschützt werden [9]). Insbesondere ist also zu fragen: „Wozu hat sich der Schuldner verpflichtet, wenn seine Willenserklärung als die eines anständigen Menschen aufzufassen ist?" Diese Auslegung betrifft sowohl Art, Ort, Zeit als auch Maß und sonstigen Inhalt der Leistung [10]). Um eine richtige Auslegung des Vertragsinhaltes und damit der Leistungspflicht des Schuldners zu ermöglichen, müssen die besonderen Umstände des Einzelfalles, die Denkungsweise und die Bildung der Parteien, die Verkehrssitte am Ort des Vertragsschlusses, die Zeit- und Wirtschaftsverhältnisse usw. geprüft werden. Zweck dieser Prüfung ist die Beantwortung der Frage: „Kann dem Gläubiger zugemutet werden, die angebotene Leistung auch gegen seinen Willen anzunehmen oder kann er eine seinen Wünschen noch besser entsprechende Leistung des Schuldners verlangen?" Die Entscheidung kann wie gesagt, nur von Fall zu Fall, nicht allgemein gegeben werden. Offenbar aus dem gleichen Grundgedanken heraus verneint Pescatore [11]) die Möglichkeit einer präzisen Antwor, auf die Frage, wo die Einheit der Leistung aufhört, und die Mehrheit der Leistungen beginnt. Auch diese Frage kann nur auftauchen, weil dit meisten Schuldverhältnisse verschiedenartige Erfüllungsmöglichkeiten habene deren jede ebensogut Erfüllung ist, wie die andere.

---

[8]) Vgl. die grundlegende Entscheiduug des Reichsgerichts in Bd. 107 S. 85 ff.

[9]) Danz, Auslegung S. 140; derselbe in IheringsJb. Bd. 38 S. 495; Cosack, Lehrbuch § 83a Anm. I.

[10]) Danz, Auslegung S. 140 f.; Enneccerus I, 2 § 228 II.

[11]) S. 183 Anm. I.

Man könnte nun meinen, eine allgemeine Unterscheidung sei wenigstens dann möglich, wenn der Leistung eine Besprechung zwischen Gläubiger und Schuldner über die Art und Weise der Leistung vorangegangen sei, da ja zu den der Annahme an Erfüllungsstatt eigentümlichen Merkmalen auch das gehöre, daß der Gläubiger die vom Schuldner angebotene andersartige Leistung „annimmt", d. h. sich damit einverstanden erklärt, daß die Leistung „statt der Erfüllung" erfolge. Aber ganz abgesehen davon, daß nach Ansicht verschiedener Schriftsteller auch die Erfüllung ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner ist, — sodaß also die Vereinbarung als solche gar kein Unterscheidungsmerkmal darstellt — müßte der Inhalt der Vereinbarung dahingehen, daß die Parteien darüber einig sind, daß die angebotene Leistung nicht die geschuldete ist, aber doch das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen soll. Aber gerade darüber, ob die angebotene Leistung vertragsmäßig ist oder nicht, sind sich die Parteien in den wenigsten Fällen klar, und treffen nur zur Behebung von Zweifeln die Bestimmung, daß die Leistung — ob vertragsmäßig oder nicht — auf jeden Fall das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen soll. Wenn aber der Schuldner den Gegenstand der Vereinbarung schlecht geleistet hat, und der Gläubiger deshalb irgendwelche Ansprüche erhebt, so bleibt es dem Richter nicht erspart, nachzuprüfen, ob die gemachte Leistung noch Erfüllung war oder nicht, da die Rechtsfolgen in beiden Fällen verschieden sind. In den meisten Fällen bildet also der Umstand, daß zwischen den Parteien eine Besprechung vorangegangen ist, kein Unterscheidungsmerkmal dafür, ob Erfüllung vorliegt oder Annahme an Erfüllungsstatt, selbst wenn man annimmt, daß das Schuldverhältnis bei der Erfüllung auf Grund einseitiger Tilgungsbestimmung des Schuldners erlischt[12]).

Gewisse Einzelheiten der Erfüllung können auch durch den Gläubiger einseitig bestimmt werden. Dieses Recht des Gläubigers folgt nicht schon aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Es ist vielmehr ein Ausfluß der Zweckbestimmung des Schuldverhältnisses: Der Schuldner hat sich anheischig gemacht, ein bestimmtes wirtschaftliches Bedürfnis des Gläubigers zu befriedigen. Er hat seinen Willen dem des Gläubigers untergeordnet. Wenn also Einzelheiten der Leistung unbestimmt geblieben sind, so kommt es dem Gläubiger zu, diese Einzelheiten zu bestimmen. Der Gläubiger hat aber sogar das Recht, ganz bestimmte Abmachungen einseitig umzustoßen und andere an ihre Stelle zu setzen, wenn dadurch der Schuldner wirtschaftlich nicht ungünstiger gestellt wird[13]). Wenn z. B. der Käufer nach Kaufabschluß umzieht, so kann er dem Verkäufer

---

[12]) Vgl. Berndorff S. 17 zu Anm. 3.
Ähnlich Pescatore S. 138 Anm. 1 für die Scheidung von einheitlicher und Mehrheit von Leistungen.

[13]) Leonhard, Lehrb. S. 57; derselbe Erfüllungsort S. 32.

aufgeben, die gekaufte Sache an den neuen Wohnort nachzusenden, sofern er die etwaigen Mehrkosten des Transportes bezahlt. Da dieses Recht des Gläubigers aus dem Zweck des Schuldverhältnisses folgt, geht es über den Rahmen von § 242 hinaus. Wenn z. B. der Gläubiger den Schuldner unwiderruflich ermächtigt hat, die Leistung an einen bestimmten Dritten zu bewirken, so kann er diese Bestimmung einseitig widerrufen, wenn er wegen veränderter Umstände ein Interesse daran hat, das nicht an den Dritten geleistet werde — anderenfalls wäre die Ausübung seines Rechts Schikane — und er sich verpflichtet, die Mehraufwendungen des Schuldners zu tragen [14]). Enneccerus [15]) und Staudinger [16]) geben dem Gläubiger gleichfalls dieses Recht, aber unter Berufung auf die Sätze von Treu Glauben. Man kann aber doch nicht sagen, daß es gegen Treu und Glauben verstößt, wenn der Schuldner von einer ihm ausdrücklich und unwiderruflich erteilten Ermächtigung Gebrauch macht. Die Befugnis des Gläubigers entspringt vielmehr der ihm vom Schuldner eingeräumten Machtstellung. Der Gläubiger kann also den Inhalt der Leistung auch über den Rahmen von § 242 hinaus umwandeln. Soweit er von diesem Recht Gebrauch macht, ist die dementsprechende Leistung Erfüllung, nicht Annahme an Erfüllungsstatt, da sie dem Inhalt des Schuldverhältnisses entspricht; denn das Recht des Gläubigers gehört selbst zum Inhalt des Schuldverhältnisses.

§ 3.

Abgrenzung der Annahme an Erfüllungsstatt von der Erfüllung einer Wahlschuld und einer Ersetzungsbefugnis.

Eine Verwechslung zwischen Erfüllung und Annahme an Erfüllungsstatt ist überall da möglich, wo die Leistung des Schuldners nicht ganz einheitlich bestimmt feststeht. Ist das — wie oben gesagt — in gewissen Grenzen bei jedem Schuldverhältnis der Fall, so ist die Verwechslung noch leichter möglich bei Schuldverhältnissen, deren Erfüllung möglich ist durch Bewirken einer von mehreren, unter sich ganz verschiedenen Leistungen, der Wahlschuld und der Ersetzungsbefugnis [1]).

Die Frage, ob eine bestimmte Leistung Erfüllung eines solchen mehrdeutigen Schuldverhältnisses oder Annahme an Erfüllungsstatt ist, muß beantwortet werden gemäß der allgemeinen Unterscheidung zwischen Erfüllung und Annahme an Erfüllungsstatt, d. h. es muß geprüft werden, ob die Leistung Verwirklichung des Schuldinhaltes oder ob etwas angeboten ist, was noch gar nicht vorgesehen war.

---

[14]) Dernburg, Schuldverhältnisse § 114 III.
[15]) I, 2 § 284 II.
[16]) Anm. 7 zu § 362.
[1]) Ausdruck von Leonhard in IheringsJb. Bd. 41 S. 11.

Am einfachsten gestaltet sich die Entscheidung der Frage für die Wahlschuld. Hier ist von vornherein vorgesehen, daß nach erfolgter Wahl des dazu Berechtigten die gewählte Leistung geschuldet wird. Die angebotene Leistung braucht nur daraufhin geprüft zu werden, ob sie eine derjenigen ist, auf welche sich das Schuldverhältnis konzentrieren konnte und sich konzentriert hat. Ist sie eine solche — wobei allerdings zu beachten ist, daß jede der in obligatione stehenden Leistungen für sich wieder im Rahmen des § 242 wandelbar ist — so ist sie Erfüllung, wenn nicht, so kann sie (sofern die übrigen Voraussetzungen dafür vorliegen) Hingabe an Erfüllungsstatt sein.

Schwieriger ist die Beantwortung der Frage bei der Leistung, die der Schuldner auf Grund einer ihm erteilten Ermächtigung, sich durch eine andere als die geschuldete Leistung von seiner Verbindlichkeit befreien zu können — sogenannte Ersetzungsbefugnis — macht; wenn z. B. der Schuldner 1000 schuldet, sich aber durch Leistung eines Pferdes, die in seinem Belieben liegt, befreien kann. Da hier die Vereinbarung der Parteien dahin zu gehen scheint, daß der Schuldner sich durch eine andere als die geschuldete Leistung befreien kann, liegt der Schluß nahe, daß der Schuldner, wenn er von seiner Ersetzungsbefugnis Gebrauch macht, ein ihm zustehendes Recht zur Hingabe an Erfüllungsstatt ausübt. Diesen Schluß ziehen auch verschiedene Schriftsteller[2]). So führt Regelsberger[3]) aus: „man kann sagen, es besteht ein rechtlicher Zwang zur Annahme . . . an Erfüllungsstatt. Nur wird das juristische Wesen des Verhältnisses damit nicht weiter aufgeklärt." Damit will er wohl nicht die anderweitige Leistung als Hingabe an Erfüllungsstatt mit allen ihren Wirkungen bezeichnen, sondern nur stärker hervorheben, daß der Schuldner nicht das eigentlich Geschuldete leistet und doch befreit wird. Die beiden Rechtsinstitute sind einander nicht gleichzusetzen. Zwar ist bei der Annahme an Erfüllungsstatt, wie bei der Ersetzungsbefugnis der Schuldner berechtigt, sich durch Bewirkung einer anderen als der geschuldeten Leistung zu befreien. Aber es besteht doch ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Fällen: Bei der Annahme an Erfüllungsstatt einigen sich die Parteien darüber, daß eine Leistung, die noch niemals irgendwie rechtlich in den Bereich des Schuldverhältnisses gezogen war, Erfüllungswirkung haben soll. Bei der Ausübung der Ersetzungsbefugnis erfüllt zwar der Schuldner nicht die Verpflichtung, welche ihm das Schuldverhältnis auf-

---

[2]) Enneccerus I, 2 § 244 I;
Litten S. 93 Anm. 3;
Regelsberger in JheringsJb. Bd. 16 S. 166 f.;
Berndorff S. 16.

[3]) a. a. O.

erlegt, aber er handelt auch nicht ganz außerhalb des Schuldrahmens. Er verwirklicht einen Zustand, der neben der eigentlichen Erfüllung im Schuldverhältnis vorgesehen war, und zwar vorgesehen in dem Sinn, daß das Schuldverhältnis erlöschen solle, wenn dieser Zustand verwirklicht wird. Die Schwierigkeit liegt nur darin, daß hier die zunächst angestrebte und die bewirkte Leistung nicht identisch sind. Andererseits darf aber nicht verkannt werden, daß die Ersetzungsbefugnis und damit ihr Inhalt doch auch zum Schuldinhalt gehört und zwar schon, bevor das Schuldverhältnis in das Erfüllungsstadium tritt. Darin liegt aber gerade der entscheidende Gegensatz zur Annahme an Erfüllungsstatt, bei der die Parteien die an Erfüllungsstatt angebotene Leistung erst im Augenblick der Erfüllung in den Kreis ihrer Betrachtungen ziehen.

Besteht so schon ein begrifflicher Unterschied zwischen der Ausübung einer Ersetzungsbefugnis des Schuldners und der Hingabe an Erfüllungsstatt, so entspricht es hier auch nicht der Billigkeit und den Parteiabsichten, die beiden Rechtsinstitute gleichzusetzen. Das Gesetz hat die Annahme an Erfüllungsstatt mit Wirkungen ausgestattet, welche die Parteien in den seltensten Fällen beabsichtigen. Zur Festsetzung dieser Wirkungen kommt das Gesetz, weil es die Annahme an Erfüllungsstatt als einen vom Kausalverhältnis losgelösten Vertrag betrachtet, der selbständig Wirkungen äußert, im Gegensatz zur Erfüllung. Würde man nun die Parteien eines Schuldverhältnisses mit Ersetzungsbefugnis des Schuldners fragen, ob sie für den Fall, daß der Schuldner von seiner Befugnis Gebrauch macht, das Eintreten der Erfüllungswirkungen oder das der Wirkungen der Annahme an Erfüllungsstatt wünschen, so könnten sie zwar keine dementsprechende juristische Auskunft geben. Unzweifelhaft aber würden sie antworten, daß die Wirkungen in beiden Fällen die gleichen, nämlich die Erfüllungswirkungen sein sollen. Die Parteien — bzw. in den Fällen einer gesetzlichen Ersetzungsbefugnis: §§ 251 Abs. 2, 257, 775 Abs. 2 usw. das Gesetz — betrachten eben die beiden Leistungen als wirtschaftlich gleichwertig — sonst wäre ja der Gläubiger gar nicht darauf eingegangen bzw. hätte das Gesetz dem Schuldner nicht die Befugnis gegeben — und würden es gar nicht verstehen, daß es unter Umständen von großer Bedeutung sein soll, welche Leistung der Schuldner bewirkt, daß z. B. der Schenker, der sich eine Ersetzungsbefugnis vorbehalten hat — wenigstens nach Ansicht verschiedener Schriftsteller —, für die eine Leistung nach Schenkungs-, für die andere nach Kaufrecht haften soll, daß die eine der beiden Leistungen gemäß § 30 Ziff. 2 KO. anfechtbar, die andere es nicht sein soll, obwohl doch beide gleichmäßig dem Gläubiger aufgedrängt werden können.

Aus logischen und Billigkeitsgründen kommen wir somit zu dem Ergebnis, daß die Ersetzungsbefugnis des Schuldners nicht ein Recht zur Hin-

gabe an Erfüllungsstatt ist, sondern ein Recht zur Erfüllung auf die eine oder andere Weise[4]).

Die Zweifel, die sich bei der Abgrenzung der schuldnerischen Leistung bei der Ersetzungsbefugnis von der Annahme an Erfüllungsstatt erhoben, tauchen bei dem Gegenstück zu dieser, der alternativen Ermächtigung des Gläubigers, die eine oder die andere Leistung zu verlangen, gar nicht auf. Macht der Gläubiger von seiner Befugnis Gebrauch, so entsteht in demselben Augenblick eine vollwirksame Verbindlichkeit des Schuldners zu der Leistung, und wenn er diese bewirkt, so erfüllt er im gewöhnlichen Sinn. Von einem „Zwang zur Hingabe an Erfüllungsstatt"[5]) kann demnach keine Rede sein.

§ 4.

Abgrenzung der Annahme an Erfüllungsstatt von der Drittleistung.

Einen besonderen Fall der Erfüllung, der gleichfalls von der Annahme an Erfüllungsstatt abzugrenzen ist, bildet die Drittleistnng im Sinne des § 267 BGB. Diese ist keine Erfüllung im Sinne der §§ 241, 362; denn nach diesen Vorschriften ist Erfüllung die Bewirkung der geschuldeten Leistung durch den Schuldner. § 241 bringt ein persönliches Element in die Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses[1]). Dieses persönliche Element ist bezeichnend für das Wesen des Schuldverhältnisses: Der Käufer einer Sache hat noch gar kein Recht am gekauften Gegenstand, sondern nur einen persönlichen Anspruch gegen den Verkäufer. Dieses persönliche Element wird auch im § 242 betont: „Der Schuldner . . . hat zu bewirken". Im Falle des § 267 leistet aber der Dritte nicht als Schuldner[2]). Es wird also der Schuldinhalt nicht verwirklicht, und dennoch erlischt das Schuldverhältnis. Das liegt auch bei der Annahme an Erfüllungsstatt vor. Dennoch ist aber die Drittleistung keine Annahme an Erfüllungsstatt: Bei der Drittleistung weicht die bewirkte Leistung ihrer persönlichen Seite nach von der geschuldeten ab, bei der Annahme an Erfüllungsstatt nach der sachlichen Seite hin. Gerade darin besteht aber das Wesen der Annahme der Erfüllungsstatt, daß eine sachlich andere Leistung

---

[4]) Im Ergebnis ebenso: Kretschmar S. 136 bei Anm. 25;
Cosack § 189 in Verb. mit § 84 III;
Pescatore S. 282;
Chamnitzer S. 69 Anm. 3 u. S. 80;
Römer S. 69.

[5]) Regelsberger in IheringsJb. Bd. 16 S. 166 f.

[1]) Kretschmar S. 126 f.

[2]) Kretschmar S. 127.

vollzogen wird[3]). Wer die andere Leistung bewirkt, ob der Schuldner oder ein Dritter, ist gleichgültig. Es gibt auch eine Leistung an Erfüllungsstatt durch Dritte[4]). Sie ist es aber nicht schon deshalb, weil ein Dritter, nicht der Schuldner leistet, sondern erst, wenn etwas anderes geleistet wird. Solange die Leistung sachlich nicht von dem Schuldinhalt abweicht, kann von Annahme an Erfüllungsstatt nicht die Rede sein. Die Drittleistung ist eine besondere Art der Schuldtilgung, nicht Erfüllung und nicht Annahme an Erfüllungsstatt[5]).

Abschnitt II.

Voraussetzungen der Annahme an Erfüllungsstatt.

§ 5.

1. Eine Verbindlichkeit.

Damit eine Annahme an Erfüllungsstatt überhaupt zustande kommen kann, ist zunächst nötig, daß eine Verbindlichkeit vorliegt, auf die hin etwas gegeben wird. Diese muß nicht gerade klagbar, wenigstens aber zahlbar sein. Dieses Erfordernis liegt notwendig schon im Begriff Erfüllung sowohl wie Annahme an Erfüllungsstatt: Wo keine Verbindlichkeit besteht, d. h. kein von der Rechtsordnung irgendwie — sei es auch nur als sogenannte natürliche Verbindlichkeit — anerkanntes Bedürfnis des Gläubigers, durch eine Leistung des Schuldners befriedigt zu werden, da kann auch eine Leistung des vermeintlichen Schuldners nicht Erfüllung oder Hingabe an Erfüllungsstatt sein; denn diese beiden Rechtsgeschäfte haben gerade den zum Begriffsmerkmal gewordenen Zweck, das anerkannte Recht des Gläubigers auf Befriedigung durch Befriedigung zum Untergang zu bringen. Die Annahme an Erfüllungsstatt hat also, wie die Erfüllung, streng solutorischen Charakter. Das muß immer beachtet werden. So liegt z. B. keine Annahme an Erfüllungsstatt vor, wenn A, welcher dem B die Hingabe eines Darlehns versprochen hat, diesem statt Bargeld einen Wechsel gibt, dessen Erlös die Darlehnssumme vertreten soll. Denn die Hingabe des Wechsels erfolgt in diesem Fall — ganz abgesehen von der Vermutung des § 364 Abs. 2 — nicht „solvendi“, sondern „credendi causa“. Man kann auch nicht sagen, sie erfolge insofern „solvendi causa“, als der Darlehnsvor-

---

[3]) Berndorff S. 17;
Kretschmar S. 50;
Staudinger Anm. 1 zu § 364.

[4]) Mot. S. 84;
Staudinger Anm. 2 zu § 364;
Planck Anm. 2 a. E. zu § 364.

[5]) Kretschmar S. 130.

vertrag durch die Hingabe des Wechsels erfüllt werden sollte. Denn die Erfüllung des Darlehnsvorvertrages besteht gerade in der Hingabe einer bestimmten Menge vertretbarer Sachen „credendi causa". Diese Zweckbestimmung prägt der Hingabe ihren Charakter auf. Besonders deutlich wird das dann, wenn man sich die Frage vorlegt, ob ein Dritter gemäß § 267 den Darlehnsvorvertrag erfüllen kann. Diese Frage ist sicher zu verneinen: Es kann sich nicht irgendjemand einem anderen als Darlehnsgläubiger aufdrängen; gerade beim Darlehn entstehen gewisse persönliche Beziehungen zwischen den Parteien, die im Einzelfall für das Verhältnis der Parteien zueinander von großer Bedeutung sind. Hier wird klar, daß die Hingabe des Darlehns weniger den Zweck hat, den Vorvertrag zu beenden, als vielmehr neue Beziehungen zwischen den Parteien zu begründen.

Liegt eine erfüllbare Verbindlichkeit nicht vor, so ist im allgemeinen die bewirkte Leistung nicht nichtig; sondern der Leistende kann das zur Erfüllung oder auch an Erfüllungsstatt Hingegebene zurückfordern, soweit nicht eine gesetzliche Vorschrift entgegensteht (wie z. B. § 817).

Erfüllbar sind auch die sogenannten natürlichen Verbindlichkeiten des bürgerlichen Rechts, die verjährte Forderung (§ 222), Forderungen aus Spiel und Wette (§§ 762—764), der Anspruch auf Ehemäklerlohn (§ 656). Das Gesetz legt diesen die Fähigkeit bei, erfüllt werden zu können und bestimmt, daß das zur Erfüllung Geleistete nicht zurückgefordert werden könne. Dasselbe muß aber auch für die Hingabe an Erfüllungsstatt gelten; denn sie ist ein Rechtsgeschäft, welches — was die Erfüllungswirkung angeht — dieselben Wirkungen hat, wie die Erfüllung selbst[1]).

Jedoch gilt für Spiel, Wette und Ehemäklervertrag eine Besonderheit: Wenn die an Erfüllungsstatt hingegebene Leistung mangelhaft ist, so tritt keine Gewährleistungspflicht gemäß § 365 ein. Rein formell betrachtet, sind diese Ansprüche allerdings gegeben; denn sie entspringen nicht der ursprünglichen Verbindlichkeit, sondern dem Vertrag über die Annahme an Erfüllungsstatt, und dieser ist ja — auch bei Naturalobligationen — gültig. Doch widerspricht es dem Grundsatz des Gesetzes, diese Ansprüche zu gewähren. Dieser Grundsatz lautet: Der Gewinner bei Spiel usw. soll nichts verlangen können, dasjenige aber, was ihm freiwillig gegeben worden ist, darf er behalten, aber auch nur das. Ist also die Leistung mangelhaft, so kann er den mangelhaften Gegenstand behalten, ein Ergänzungs- oder Schadensersatzanspruch steht ihm aber nicht zu. Daß eine Gewährleistungspflicht nicht besteht, ergibt sich auch aus folgender Erwägung: Ge-

---

[1]) Ebenso Dernburg, Schuldverhältnisse 1 § 119 a. E.;
Berndorff S. 78;
Staudinger Anm. III, 2b zu § 762;
Kohler, Lehrb. § 70, VIII;
vgl. auch RG. in JurW. 1902 Beil. S. 254.

mäß § 762 Abs. 2 ist die Verbindlichkeit, welche der Verlierer dem Gewinner gegenüber zum Zweck der Erfüllung einer Spielschuld eingeht, unklagbar. Dieses Eingehen einer neuen Verbindlichkeit kann auch Leistung an Erfüllungsstatt sein. Trotz der juristischen Selbstständigkeit des Vertrages über die Annahme an Erfüllungsstatt erstreckt das Gesetz die Unklagbarkeit auf die im Angabevertrag eingegangene Verbindlichkeit. Ebenso muß es aber möglich sein, die Unklagbarkeit des Grundgeschäftes auf die Ansprüche aus dem Vertrag über die Annahme an Erfüllungsstatt auszudehnen, auch wenn dieser in anderer Weise als durch Eingehen einer neuen Verbindlichkeit geschlossen wurde, und so dem obengenannten Grundsatz des Gesetzes gerecht zu werden[2]).

Häufig geht der Verlierer dem Gewinner gegenüber zur Erfüllung der Spielschuld eine neue Verbindlichkeit ein. Soweit in der neuen Schuld auf die Spielschuld Bezug genommen ist, unterliegt es keinem Zweifel, daß der Gläubiger aus ihr nicht klagen kann. Anders aber, wenn die neue Verbindlichkeit abstrakt ist. Soweit diese an Erfüllungsstatt übernommen ist, wäre sie ohne die positive Vorschrift des § 762 Abs. 2 klagbar[3]). So aber kann nicht aus ihr geklagt werden, der Schuldner kann nur das zu ihrer Erfüllung Geleistete nicht zurückverlangen.

Sehr häufig ist die neue Verbindlichkeit eine Wechselverpflichtung — meist als Akzeptant — des Verlierers. Der Geltendmachung dieser Wechselverpflichtung steht die Vorschrift des § 762 Abs. 2 entgegen[4]). Doch tritt hierbei eine Umkehrung der Beweislast ein: Während im allgemeinen dem Kläger aus einer an Erfüllungsstatt gegebenen Verbindlichkeit die Beweislast dafür obliegt, daß die Verbindlichkeit nicht zum Zweck der Erfüllung einer Spielschuld übernommen wurde, muß bei der Wechselklage kraft der Vermutung des Art. 36 WO. der Beklagte das Vorliegen der Voraussetzungen des § 762 Abs. 2 beweisen[5]).

Besondere Beachtung erfordern die Fälle einer Hingabe an Erfüllungsstatt, die zur Erfüllung einer mangels Einhaltung der vorgeschriebenen Form ungültigen Verpflichtung erfolgen, deren Formmangel durch freiwillige Erfüllung geheilt werden kann. Es sind die Fälle der §§ 518, 766 BGB. (Nicht hierher gehört der § 313, da der ungültige Grundstücksvertrag nur durch freiwillige Auflassung und Eintragung des Grundstückes geheilt wird, eine Hingabe an Erfüllungsstatt also nicht möglich

---

[2]) Eine abweichende Meinung ist bei den Verhandlungen der zweiten Kommission hervorgetreten: Protokolle II S. 3871.

[3]) Berndorff S. 79;
v. Tuhr in Festschrift für Schultze S. 39.

[4]) RG. Bd. 51 S. 361, Bd. 71 S. 292.

[5]) Leonhard, Beweislast I S. 264 f.;
RG. in JurW. 1900 S. 157.

ist.) Diese Fälle haben die Besonderheit an sich, daß bei Nichtbeobachtung der Form gar keine Verbindlichkeit erzeugt wird, auch keine Naturalobligation, daß aber bei freiwilliger Erfüllung eine vollwirksame Verpflichtung ex post zur Entstehung gelangt [6]). Was hier von der Erfüllung gesagt ist, muß auch von der Hingabe an Erfüllungsstatt gelten [7]).

Wenn also z. B. A dem B schenkweise formlos 100 Mk. verspricht, dann statt dessen dem B unter Bezugnahme auf jenes Versprechen eine Uhr gibt, so kann er die Vollziehung einer Auflage verlangen, die etwa bei dem Versprechen mit ausbedungen war, er kann seine Uhr nicht wieder zurückverlangen, wenn er nur aus dem Irrtum heraus gehandelt hat, das formlose Schenkungsversprechen begründe eine Verpflichtung. Ebenso, wenn er dem auf Zahlung drängenden B in Ermangelung von Bargeld ein Wechselakzept erteilt. Auch diese Eingehung einer Wechselverbindlichkeit ist Bewirken der Leistung i. S. von § 518 Abs. II [8]). Der Gesetzgeber hat im Gegensatz zu § 762 nur das schenkweise erteilte Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis der Formvorschrift des § 518 unterworfen. Daraus folgt allerdings noch nicht, daß andere abstrakte Schuldversprechen der Form nicht bedürfen. Doch ist diese Frage von Fall zu Fall zu prüfen und je nach der Eigenart der eingegangenen Verbindlichkeit zu entscheiden [9]). Es ist dabei zu untersuchen, ob die Begründung der an Erfüllungsstatt eingegangenen Verbindlichkeit einen Zustand zwischen den Parteien schafft, der dem gleichkommt, als ob die Schenkung durch Bewirken des Versprochenen erfüllt wäre. Beim Wechsel ist das zu bejahen. Der Wechsel wird im Verkehr dem baren Geld fast gleich geachtet, er ist, wirtschaftlich betrachtet, „werdendes Geld", und zwar um so mehr, je begründeter die Hoffnung ist, daß er bezahlt werde [10]). Diese Verkehrs-

---

[6]) Enneccerus I, 2 § 227 II, 4 Anm. 5;
Crome S. 511;
Berndorff S. 81;
unklar Staudinger Anm. II zu § 518.

[7]) Vgl. oben S. 18;
ebenso v. Tuhr in Festschrift für Schultze S. 42 Anm. 31;
Reichel in Archiv f. d. ziv. Praxis Bd. 104 S. 15.

[8]) Sehr bestritten. Wie oben:
Planck Anm. 2 zu § 518;
RG. Bd. 2 S. 7;
Staub-Stranz Anm. 46 zu Art. 82 WO.
Dagegen: Dernburg § 206 III;
Crome § 230 zu Anm. 69;
Enneccerus I, 2 § 343 II Anm. 12;
v. Tuhr in Festschr. f. Schultze S. 41. f.;
Brütt S. 275;
RG. Bd. 71 S. 291.

[9]) So die Motive S. 294.

[10]) Kuntze in Endemanns Handb. IV Abt. 2 S. 2 f.

anschauung begründet sich auf die leichte Realisierbarkeit des Wechselanspruches und dementsprechend strenge Haftung des Verpflichteten. Gerade deswegen entschließt sich jemand auch nur ungern, einen Wechsel auszustellen[11]). Damit entfällt das Bedenken v. Tuhrs[12]). Wenn man übrigens dem Schenker einen Einwand gegen den Wechselanspruch geben will, so wird dieser ihm meist durch Weiterbegebung genommen (Art. 82). Es wäre aber doch sehr unbillig, wenn man dem Schenker in diesem Fall einen Bereicherungsanspruch gegen den Beschenkten geben wollte. Man denke nur an den Fall, daß der Schenker vor Fälligkeit in Vermögensverfall gerät. Dann hätte der „Beschenkte" nicht nur nichts bekommen, sondern müßte u. U. obendrein noch sein Geld dazusetzen. Die Zahlung durch Wechsel hat aber doch gerade den Zweck, dem Nehmer die Möglichkeit zu geben, sich durch Diskontierung des Wechsels Bargeld zu verschaffen. In der Weiterbegebung des Wechsels seitens des Empfängers ist also durchaus keine schuldhafte Handlung zu finden, die es rechtfertigte, ihm einen solchen Schaden aufzuerlegen. Die zweite Kommissiion lehnte daher auch ausdrücklich die Erstreckung der Formvorschrift des § 518 auf den Wechsel ab, ließ aber im übrigen die Frage absichtlich unentschieden[13]).

Wenn jemand auf Grund einer mündlichen Bürgschaftsübernahme die Hauptverbindlichkeit erfüllt, so wird der Mangel der Form der Bürgschaftserklärung entsprechend wie bei der Schenkung geheilt (§ 776). Dieselbe Wirkung tritt ein, wenn der Bürge an Erfüllungsstatt leistet[14]), auch durch Übernahme einer Verbindlichkeit, insbesondere einer Wechselverbindlichkeit. Die Bedenken, die bei der Schenkung zu erörtern waren, tauchen hier gar nicht auf; denn bei der Bürgschaft trifft das Gesetz keinerlei Sondervorschriften für den Fall, daß eine neue Verbindlichkeit seitens des Bürgen zum Zweck der Erfüllung übernommen wird. Auch kann die an Erfüllungsstatt übernommene Verbindlichkeit nur eine abstrakte sein[15]). Die abstrakte Verbindlichkeit bedarf aber nach Wechselrecht oder §§ 780, 781 der Schriftform. Den gesetzgeberischen Erwägungen, die zur Festsetzung der Schriftform führten, nämlich, daß inhaltschwere Erklärungen nicht ohne genügende Überlegung abgegeben werden sollen, wird so Genüge getan.

Die Ausführungen Adlers[16]) treffen diesen Fall nicht. Sie beschäftigen sich nur mit der Frage, ob durch die bloße Ausstellung eines Wechsels

---

11) Adler in ZHR. Bd. 65 S. 162.
12) in Festschr. S. 44.
13) Protokolle S. 1646, 1647.
14) Ebenso RGRKomm. zu § 766 Anm. 7.
15) Schöninger (Leistungsgeschäfte) S. 276.
(Siehe auch unten S. 48 f.
16) in ZHR. Bd. 65 S. 162 f.;
ebenso RG. Bd. 51 S. 113, Bd. 57. S. 260 f.

eine Bürgschaftsverpflichtung gültig übernommen werden kann. Adler lehnt dies ab, weil zur Bürgschaftsverpflichtung schriftliche Erteilung der Bürgschafts**erklärung** erforderlich (§ 766), diese aber im Wechsel nicht enthalten sei.

§ 6.

2. Bewirkung einer anderen, als der geschuldeten Leistung.

Das Wesen der Annahme an Erfüllungsstatt besteht darin, daß der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung zu Erfüllungszwecken annimmt. Über die Frage, wie weit man noch von Bewirkung des Geschuldeten sprechen kann, auch wenn die Leistung vom Schuldinhalt abzuweichen scheint, ist bereits oben (§§ 2—4) gehandelt. Die an Erfüllungsstatt hingegebene Leistung braucht in keinem Verhältnis zur ursprünglich geschuldeten zu stehen. Sie kann Hingabe einer Sache, Abtretung eines Rechtes, Leistung von Diensten, Übernahme einer neuen Verbindlichkeit des Schuldners dem Gläubiger gegenüber usw. sein, ohne Rücksicht darauf, welche Leistung Gegenstand des Schuldverhältnisses war. Diese vielseitige Möglichkeit, an Erfüllungsstatt hinzugeben, ist erst im Lauf der Zeit anerkannt worden. Ursprünglich konnten nur Sachen an Erfüllungsstatt hingegeben werden, und nur diesen Fall haben die römischen Juristen, welche zuerst die Hingabe an Erfüllungsstatt behandelten, im Auge [1]). In den Quellen finden wir vorwiegend die Ausdrücke: „. . . . suam rem in solutum det.“ (l. 5 D. 16,1), „in solutum dare“ (l. 45 D. 46,3), „pro soluto res data fuerit“ (l. 14 D. 13, 7). Allerdings finden wir auch einmal eine allgemeine Wendung: „aliud pro alio solvi“ (l. 2 D. 12, 1).

Das Verhältnis des Wertes der an Erfüllungsstatt angenommenen Leistung zu dem Wert der ursprünglich geschuldeten ist gleichgültig [2]). Eine Anfechtbarkeit des Kaufes und entgeltlicher Geschäfte wegen sogenannter laesio enormis kennen wir nicht mehr. Doch wird gerade bei Geschäften dieser Art, wo der Schuldner das Geschuldete nicht zu zahlen vermag, häufig der Gläubiger die Notlage des Schuldners ausnutzen, um diesen zur Hingabe eines Gegenstandes an Erfüllungsstatt zu veranlassen, der bedeutend mehr wert ist, als die ursprünglich geschuldete Leistung, sodaß die beiden Leistungen in auffälligem Mißverhältnis stehen [3]). Dann ist der Vertrag über die Annahme a. E. nichtig (§ 138).

Wenn die Parteien sich über den Wert des an Erfüllungsstatt gegebenen Gegenstands geirrt haben, so ist der Vertrag über die Annahme a. E. nicht anfechtbar; denn der Wert eines Gegenstandes ist keine wesent-

---

1) Kretschmar S. 58;
vgl. oben S. 4.
2) So schon für das gemeine Recht: Römer S. 37.
3) Dernburg, Schuldverhältnisse § 118 II.

liche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2, d. h. eine solche, deren Vorliegen für die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zu einer bestimmten Gattung maßgebend ist[4]). Haben sich aber die Parteien dahin geeinigt, dem an Erfüllungsstatt zu gebenden Gegenstand einen bestimmten Wert beizumessen (eventuell unter Hinzuziehung von Sachverständigen), so ist der Angabevertrag als bedingt geschlossen anzusehen, nämlich bedingt dadurch, daß der zugrundegelegte Wert angemessen ist[5]).

§ 7.

3. Einigung zwischen Gläubiger und Schuldner.

„Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt" (§ 364 Abs. 1).

„Annehmen" kann der Gläubiger die andere Leistung aber nur, wenn sie ihm angeboten worden ist. Es müssen somit zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen: Die Annahme an Erfüllungsstatt ist ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner. Über ihre Vertragsnatur herrscht kein Streit[1]); sie war schon im römischen Recht anerkannt[2]).

Die Einigung der Parteien muß sich auf folgendes erstrecken:

a) Gläubiger und Schuldner müssen einig sein, daß die angebotene Leistung eiue andere ist, als die geschuldete. Die Parteien brauchen sich aber nicht klar darüber zu sein, ob die Leistung eine andere ist; sie können auch, wie oben bemerkt, sich in der Weise einigen, daß sie bestimmen, die bewirkte Leistung solle, ob sie nun die geschuldete oder eine andere ist, auf jeden Fall das Schuldverhältnis zum Erlöschen bringen. Ist sie in diesem Fall eine andere, so liegt die für die Annahme an Erfüllungsstatt erforderliche Einigung vor. Nehmen aber beide Parteien oder auch nur eine irrtümlicherweise an, die angebotene Leistung sei die geschuldete, so wird die Schuld nicht getilgt[3]). Denn einerseits ist nicht „erfüllt" (das

---

[4]) Enneccerus I, 1 § 157 III, 3;
v. Tuhr, Allgem. Teil II, 1 S. 578 f.
Anders wenn sich die Parteien über wertbestimmende Eigenschaften der Sache geirrt hatten: RG. Bd. 64 S. 269.

[5]) Berndorff S. 72.

[1]) Enneccerus I, 2 § 288, 1;
Staudinger Anm. 1 zu § 364;
Endemann, Lehrb. § 142, 1;
Cosack, Lehrb. § 109 I, 1;
Planck Anm. 1 zu § 364;
Crome, System § 187 vor Anm. 3;
Boehmer S. 74;
Cohn S. 1078.

[2]) Vgl. l. 2 D. 12, 1; l. 46 D. 46, 3; l. 4 § 31 D. 44, 4.

[3]) Berndorff S. 8 f.

Geschuldete ist nicht bewirkt), andererseits ist kein Angabevertrag geschlossen. Es entsteht also nicht etwa ein anfechtbarer Vertrag, wie Crome[4]) annimmt. Dem Schuldner steht ein Anspruch auf Herausgabe des Geleisteten nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu; der Gläubiger hat seine Forderung nicht verloren. Selbstverständlich können die Parteien, wenn sie den Irrtum bemerken, noch einen Angabevertrag über das Geleistete schließen: Der Schuldner hat dann eben schon geleistet, der Gläubiger bewirkt seine Leistung, indem er sein Forderungsrecht aufgibt.

b) Der Schuldner muß die andere Leistung an Erfüllungsstatt anbieten und bewirken, der Gläubiger sie an Erfüllungsstatt annehmen, d. h. beide Parteien müssen der (abstrakten) Leistung den Zweck aufprägen, das Schuldverhältnis zu tilgen. Wir haben hier, wie bei der Erfüllung, das Eigentümliche, daß ein für die äußerliche Betrachtung einheitliches Rechtsgeschäft für die juristische Betrachtung 2 Rechtsgeschäfte enthält: Das dingliche der Leistung, und das schuldrechtliche der Zweckbestimmung. Während aber bei der Erfüllung richtiger Ansicht nach der Schuldner einseitig die Zweckbestimmung gibt[5]), vollzieht sich bei der Annahme an Erfüllungsstatt die Zwecksetzung durch Vertrag. Wirtschaftlich betrachtet hat hierbei die Annahmeerklärung des Gläubigers die überwiegende Bedeutung. Es ist daher angebracht, von einer Annahme an Erfüllungsstatt zu sprechen. Doch ist auch der Ausdruck „Hingabe an Erfüllungsstatt" gebräuchlich. Die Bezeichnung „Hingabe an Zahlungsstatt" kann zu der Ansicht verführen, daß es eine Annahme an Erfüllungsstatt nur bei Geldverbindlichkeiten gäbe. Die Einigung der Parteien über den Schuldtilgungszweck der Annahme an Erfüllungsstatt unterscheidet sie von allen Geschäften, bei denen sich Leistung und Gegenleistung gegenüberstehen. Zwar haben wir auch bei der Annahme an Erfüllungsstatt eine Leistung der einen Partei — die Hingabe des anderen Gegenstandes — und eine Leistung der anderen — die Aufgabe des Forderungsrechtes. Doch stehen diese nicht im Verhältnis von Leistung und Gegenleistung[6]):

---

[4]) System § 187 Anm. 3.

[5]) Sehr bestritten. Dafür:
Leonhard, Lehrb. S. 67; derselbe in Arch. f. bürg. Recht Bd. 21 S. 202 f.;
Kohler in IheringsJb. Bd. 17 S. 262;
Kretschmar S. 109 f.;
Noch weitergehend:
Planck Anm. 2 b zu § 262 und Boehmer S. 78 f., die noch nicht einmal eine Zweckbestimmung des Schuldners für erforderlich halten.
Zum Teil abweichend:
Enneccerus I, 2 § 283 I 3;
Schöninger S. 91 f.
Klein (causa solvendi) S. 46 f.

[6]) Fehr S. 39.

Die Parteien beabsichtigen nicht wirtschaftlichen Austausch der beiderseitigen Leistungen, sondern nur Tilgung der zugrundeliegenden Schuld. Das tritt besonders deutlich hervor, wenn die zu tilgende Forderung nicht bestand. Dann will der Schuldner nicht etwa den Gegenwert seiner Leistung, sondern seine Leistung selbst zurückverlangen können [7], und auch der Gläubiger will in den wenigsten Fällen gehalten sein, gegen Zahlung des Wertes den Gegenstand behalten zu müssen. Der Bereicherungsanspruch steht dem vermeintlichen Schuldner sowohl nach römischem und gemeinem Recht zu (l. 26 § 4 D. 12, 6) als auch nach heutigem (§ 812). Insofern trägt das Gesetz dem rein solutorischen Charakter der Annahme an Erfüllungsstatt Rechnung. Aber im übrigen hat das Gesetz, wie sich aus der Vorschrift des § 365 ergibt, das Wesen der Annahme an Erfüllungsstatt verkannt. Diese — wie wohl überwiegend zugegeben, verfehlte [8]) — Vorschrift verdankt ihre Entstehung einem Mißverständnis der römischen Quellen. Man fand die verschiedenen Ansichten der Quellen vor über die Folgen der Eviktion des an Erfüllungsstatt gegebenen Gegenstandes. Man fand weiter vor die Meinungsverschiedenheiten, die auf die Glosse zurückgehen und endlich die merkwürdige Verquickung beider Ansichten des römischen Rechts in der herrschenden Meinung des gemeinen Rechtes. Man erkannte richtig, daß sich im gemeinen Recht der Streit hauptsächlich darum gedreht hatte, ob die Annahme an Erfüllungsstatt ein Geschäft mit schuldrechtlichem Charakter sei, wie Kauf und Tausch, oder ein rein solutorisches Geschäft [9]). Man erkannte richtig, daß die Entscheidung zugunsten der letzteren Ansicht zu treffen war. Aber man verkannte, daß im römischen Recht die Streitfrage ganz anders gelautet hatte, nämlich ob die datio in solutum ipso jure oder nur ope exceptionis wirke [10]). Oben ist dargelegt, daß sich die Sabinianer, welche die ipso-jure-Wirkung verteidigten, gezwungen sahen, die datio in solutum zu einem selbständigen Tilgungsgeschäft mit eigenen Rechtswirkungen auszugestalten. Bei der Festsetzung dieser Rechtswirkungen betrachteten die Sabinianer hauptsächlich das Parteiverhalten und dieses erinnerte für eine äußerliche Betrachtung an einen Kauf. Aber nur für eine äußerliche Betrachtung: Wenn man sich das Wesen der Annahme an Erfüllungsstatt klar macht, so erkennt

---

[7]) Römer S. 16;
Berndorff S. 23.

[8]) Planck Anm. 1 zu § 365;
Stampe, Kausaproblem S. 8;
Kretschmar S. 58;
Pescatore S. 283 Anm. 8;
Berndorff S. 38 f.;
Oertmann, Entgeltliche Geschäfte S. 96.

[9]) Stampe S. 16 ff.

[10]) Vgl. oben S. 3 f.

man, daß die anderweitige Leistung niemals Entgelt für den Schulderlaß ist, sondern höchstens Entgelt für eine etwa bei Schuldbegründung gemachte Leistung des Gläubigers. Da die Sabinianer folgerichtig schon mit der bloßen Annahme des aliud das Schuldverhältnis erlöschen ließen, waren sie gezwungen, dem Gläubiger einen Interesseanspruch zu geben und griffen hierbei auf den äußerlich ähnlichen Kaufvertrag zurück. Niemals aber wird in den Quellen die datio in solutum als Kaufvertrag bezeichnet. (Vgl. l. 4 C. 8, 44: „nam ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet.")

Die Sabinianer waren bei der Eigenart des römischen Rechtes zu ihrer nicht einwandfreien Konstruktion gezwungen, die Verfasser des BGB. waren es nicht[11]). Sie hätten die Annahme an Erfüllungsstatt zu einem reinen Tilgungsgeschäft machen müssen, statt dessen haben sie sie zu einem Geschäft zwiespältiger Rechtsnatur ausgestaltet: Solutorischer Natur, was die Tilgung der ursprünglichen Verbindlichkeit anlangt, obligatorischer insofern, als sie selbständig Gewährleistungspflichten des Schuldners hervorruft. Das geht besonders deutlich aus den Motiven hervor: Diese sagen einerseits[12]): „Sie (die datio in solutum) ist das solutorische, dinglich wirkende Rechtsgeschäft zwischen den Parteien, durch das vermittels der Hingabe und Annahme des surrogierten Gegenstandes (Leistung) der Gläubiger befriedigt und somit das Schuldverhältnis unmittelbar zum Erlöschen gebracht wird." Andererseits aber zur Begründung der Gewährleistungspflicht[13]): „Dieses Recht (nämlich des Gläubigers auf Gewährleistung) gründet sich in dem vom Schuldner mit der Hingabe an Erfüllungsstatt stillschweigend gegebenen Versprechen, dafür einzustehen, daß das in solutum Gegebene in das Vermögen des Gläubigers wirklich und dauernd übergehe." Hier ist von einem solutorischen Rechtsgeschäft keine Rede mehr; denn sonst hätte man zu dem Ergebnis kommen müssen, daß die Gewährleistungspflicht des Schuldners nicht anders sein könne, als bei der gewöhnlichen Erfüllung, nämlich entsprechend dem Grundgeschäft. Aber man stand offenbar so unter dem Einfluß der sabinianischen Lehre — da sie ein Zurückgehen auf das alte Schuldverhältnis ausschloß, also den solutorischen Charakter betonte, — daß man auch die übrigen Konsequenzen beizubehalten suchte. Man hatte die Bedingtheit dieser Konsequenzen aus dem römischen Recht heraus nicht erkannt. Um diese Beibehaltung zu ermöglichen, greifen die Motive sogar zu einer Fiktion; denn nichts anderes ist es, wenn man dem Schuldner die stillschweigende Übernahme der Gewährleistungspflicht unabhängig vom zugrundeliegenden

---

11) Kretschmar S. 58.
12) Motive II S. 82.
13) Motive II S. 82.

Schuldverhältnis unterschiebt. Der Schuldner will doch nur, daß eben die Wirkungen eintreten, die auch die Erfüllung des konkreten Schuldverhältnisses hat. Er will nicht für die wirkliche Verschaffung des an Erfüllungsstatt Angebotenen so einstehen müssen, als wenn er sich gegen Entgelt dazu verpflichtet hätte; vielmehr will er nicht anders dafür haften, als er dazu nach Maßgabe des ursprünglichen Schuldverhältnisses verpflichtet gewesen wäre, wenn dieses von vorneherein auf die andere Leistung begangen wäre. Mit demselben Rechte könnten auch die Motive im Verhalten des Schuldners das stillschweigende Versprechen für die Güte einer an Erfüllungsstatt abgetretenen Forderung erblicken. Das lehnen sie aber ausdrücklich ab [14]).

Die zweite Kommission stellte keine anderen Betrachtungen über das Wesen der Annahme an Erfüllungsstatt an. Sie begnügte sich, die Ansicht zurückzuweisen, welche dem Gläubiger im Falle der Entwehrung den Rückgriff auf das alte Schuldverhältnis gestattete, also den solutorischen Charakter durchbrach, schloß sich aber um so enger an die sabinianische Lehre mit allen ihren Konsequenzen an. Bezeichnend ist dafür folgende Bemerkung der Protokolle [15]): „Die Vorschrift des § 265 (jetzigen § 365) erschien notwendig mit Rücksicht auf die im gemeinen Recht herrschende Ansicht, die dem Gläubiger im Falle der Entwehrung das Recht zugesteht, nach seiner Wahl Gewährleistung zu verlangen oder auf die Forderung zurückzugreifen."

Das Gesetz steht also auch heute noch auf dem Standpunkt der sabinianischen Lehre.

Die vertragliche Einigung der Parteien vollzieht sich regelmäßig zusammen mit dem Bewirken der andersartigen Leistung. Aber für die juristische Betrachtung müssen das dingliche Leistungsgeschäft und der Zwecksetzungsvertrag streng geschieden werden. Mit der Bezeichnung der Annahme an Erfüllungsstatt als Realvertrag [16]) ist nichts gewonnen. Auch besteht das Wesen des Realvertrages gerade darin, daß durch die Leistung ein Rechtsverhältnis erzeugt wird, welches Rechtsgrund der Leistung ist. Bei der Annahme an Erfüllungsstatt ist aber der Rechtsgrund der Leistung die Tilgung der schon bestehenden Verbindlichkeit [17]).

Der Parteiwille ist entscheidend dafür, ob eine Leistung Annahme an Erfüllungsstatt ist. Dieser Wille braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Vielmehr genügt es, wenn aus den Umständen ersichtlich ist, daß die Par-

---

[14]) Motive II S. 83.
[15]) Protokolle II S. 671.
[16]) Berndorff S. 8;
Planck Anm. I zu § 364;
Staudinger Anm. 1a zu § 364.
[17]) Vgl. Planck a. a. O.

teien eine Leistung, die der geschuldeten nicht entspricht, mit Tilgungswirkung ausstatten wollen [18]). Meistens wird ein Angabevertrag schon darin zu sehen sein, daß der Gläubiger die ihm angebotene offensichtlich von der geschuldeten abweichende Leistung annimmt. Eine ausdrückliche Einigung verlangt allerdings das Gesetz im Fall des § 364 Abs. 2. Der Grund für diese Bestimmung ist leicht einzusehen: Die Erfahrung des täglichen Lebens spricht dagegen, daß der Gläubiger ein Forderungsrecht ohne reale Leistung aufgibt um eines ebenso ungewissen Rechtes willen, wie es das alte war.

Aus der Vertragsnatur der Annahme an Erfüllungsstatt ergibt sich, daß beide Parteien voll geschäftsfähig sein müssen. Denn wenn auch zur bloßen Annahme auf seiten des Gläubigers beschränkte Geschäftsfähigkeit genügte, so ist doch noch eine neben dem dinglichen Geschäft herlaufende Willenserklärung über die Tilgungswirkung nötig, die eine Verfügung des Gläubigers über sein Forderungsrecht enthält.

Oben wurde gesagt, daß die Parteiabsicht bei der Annnahme an Erfüllungsstatt auf Lösung des alten Schuldverhältnisses gerichtet ist, nicht auf Eingehung eines neuen — kaufähnlichen — Vertrages. Bisweilen allerdings beabsichtigen die Parteien einen doppelten Vertragsschluß: Einen Kaufvertrag über den vom Schuldner zu liefernden Gegenstand und Verrechnung des Kaufpreises gegen die Forderung des Gläubigers.

Arendt [19]) sieht hierin einen besonderen Fall der Annahme an Erfüllungsstatt, eine „onerose datio in solutum", im Gegensatz zur „rein solutorischen datio in solutum". Seiner Ansicht nach haben schon die Römer diese zwei Arten gekannt; so erklärt er sich die verschiedenen, unvereinbaren Quellenaussprüche. Nach Arendt ist „dem Gläubiger das aliud lieber, als das geschuldete, leistet der Schuldner lieber das aliud, als daß er seiner ursprünglichen Verpflichtung nachkommt", aber dennoch „steht der Umsatz lediglich im Dienste der Schuldtilgung", sodaß das Geschäft trotz der Umsatzabsicht der Parteien Annahme an Erfüllungsstatt ist. Damit wird aber nur die Grenze zwischen Kauf mit Aufrechnungsabrede und Annahme an Erfüllungsstatt verwischt. Es ist aber wichtig, eine scharfe Grenze zu ziehen, da sich verschiedene Folgerungen daran knüpfen: Besteht das zu tilgende Schuldverhältnis nicht, so ist bei der Annahme an Erfüllungsstatt der Gläubiger nicht gezwungen, die Sache als gekauft zu behalten und zu bezahlen, und der Schuldner kann die Sache zurückverlangen, anders beim Kauf mit Aufrechnungsabrede. Wichtig ist die Unterscheidnng aber auch für die Verteilung der Beweislast im Prozeß: Wenn z. B. A gegen B auf Zahlung des Kaufpreises einer dem B gelieferten Sache klagt, B demgegenüber einwendet, die Sache sei ihm für eine Forderung an Erfüllungs-

[18]) Dernburg, Schuldverhältnisse § 118 I, 2.
[19]) S. 12 ff.

statt gegeben worden, so müßte nach Arendts Ansicht B beweisen, daß seine Forderung bestanden hat; denn in der Angabe des B liegt ein Zugeständnis des Kaufabschlusses — in Gestalt der „onerosen datio in solutum" und für die Aufrechnung trifft ihn die Beweislast. Dieses Ergebnis ist aber sehr unbillig: Auf diesem Wege könnte der Schuldner erreichen, daß der Gläubiger sein Forderungsrecht beweisen muß, um das, was er darauf bekommen hat, behalten zu können. Hätte der Schuldner auf Herausgabe der Sache oder Wertersatz geklagt, so hätte er beweisen müssen, daß ein Forderungsrecht nicht bestand. Mit Recht lehnt daher das Reichsoberhandelsgericht die Auffassung der Annahme an Erfüllungsstatt als Kauf mit Aufrechnungsabrede ab.[20]).

Bechmann[21]) ist der Ansicht, die römischen Juristen hätten überhaupt die Annahme an Erfüllungsstatt als Kauf mit Aufrechnungsabrede konstruiert. Er kommt aber zu dieser Ansicht nur deshalb, weil die Römer dem Gläubiger Entwehrungsansprüche nach Art des Kaufes gaben, und lehnt alle weiteren Folgerungen aus dieser Konstruktion ab, insbesondere die, daß bei nicht bestehender Schuld der vermeintliche Schuldner nur den Kaufpreis, nicht die Sache selbst zurückverlangen könne. Er gibt auch zu, daß sich schon die Entscheidung der Quellen, die im Eviktionsfall dem Gläubiger den Rückgriff auf die alte Forderung gestatteten, mit seiner Ansicht nicht vereinbaren läßt[22]).

Um die Grenze zwischen beiden Arten von Rechtsgeschäften zu finden, ist der Parteiwille zu erforschen[23]): Hätten die Parteien einen Kaufvertrag über das aliud abgeschlossen, auch wenn das Schuldverhältnis zwischen ihnen nicht bestanden hätte, so widerspräche es ihren Absichten, wollte man die Lieferung des aliud als Hingabe an Erfüllungsstatt auffassen. Ist dagegen der Schuldner zur Hingabe des aliud und der Gläubiger zu dessen Annahme nur bewogen worden mit Rücksicht auf das bestehende Schuldverhältnis, — was insbesondere dann der Fall sein wird, wenn der Gläubiger befürchtet, von seinem zahlungsschwachen Schuldner das Geschuldete doch nicht zu erhalten — so liegt Annahme an Erfüllungsstatt vor. Denn im ersteren Fall zahlt der Gläubiger im Falle des Nichtbestehens des Schuldverhältnisses lieber den Kaufpreis, als daß er die Sache zurückgibt, und auch dem Schuldner ist der Kaufpreis willkommener. Im zweiten Fall aber will der Gläubiger nicht gehalten sein, den ihm gelieferten Gegenstand zu behalten und den Kaufpreis in Höhe des Betrages der vermeintlichen Schuld zu zahlen. Die Tatsache, daß zwischen den Parteien ein Schuldverhältnis besteht, auf welches im Kaufvertrage Bezug genommen wird,

---

[20]) Bd. 16 S. 158.
[21]) Kauf II Abt. 1 S. 557 f.
[22]) Dagegen auch Matthias § 92 II.
[23]) Dernburg, Schuldverhältnisse § 118 III Anm. 7.

darf nicht zu der Annahme verführen, daß nun unbedingt Annahme an Erfüllungsstatt vorliege. Sogar wenn das Vorliegen des Schuldverhältnisses das Zustandekommen des Kaufvertrages begünstigte, indem nämlich der Gläubiger angesichts der leichten Zahlungsmöglichkeit zum Erwerbe des Kaufgegenstandes, der Schuldner durch die Aussicht, seine Schuld loszuwerden, zur Veräußerung geneigter wurden, kann doch immer noch ein Kaufvertrag vorliegen [24]). Die Schuldtilgung steht dann eben im Dienste der Umsatzabsicht [25]). Die Bezugnahme der Parteien auf das bestehende Schuldverhältnis hat die Bedeutung, daß der Kaufpreis gegen die Schuld des Verkäufers verrechnet werden soll. Soweit diese auch auf Geld geht, ist das schon im Gesetz vorgesehen. Kraft der Parteivereinbarung wird aber die Forderung des Gläubigers im Wege der Aufrechnung gegen die Kaufpreisforderung auch dann getilgt, wenn die Voraussetzungen der Aufrechnung (§§ 387 ff) nicht vorliegen, insbesondere auch, wenn die Forderungen ihrem Gegenstande nach nicht gleichartig sind [26]).

Nur, wenn die Parteien zu der Leistung bzw. Annahme des aliud gerade dadurch veranlaßt worden sind, daß zwischen ihnen ein Schuldverhältnis bestand, haben wir es mit Annahme an Erfüllungsstatt zu tun.

§ 8.

4. Wirkliche Verschaffung des an Erfüllungsstatt Angebotenen ist nicht in allen Fällen erforderlich.

Damit eine gültige, d. h. mit Schuldtilgungswirkung ausgestattete Annahme an Erfüllungsstatt vorliege, muß rechtlich wirksam das vollzogen werden, was der Schuldner an Erfüllungsstatt angeboten und der Gläubiger angenommen hat. Wenn z. B. der Schuldner einer Geldforderung dem Gläubiger einen Nießbrauch von bestimmter Dauer an Erfüllungsstatt anbietet, und der Gläubiger das Angebot annimmt, der Nießbrauch aber nicht zustande kommt, weil etwa die Sache einem Dritten abhanden gekommen ist, so erlischt auch die Forderung des Gläubigers nicht. Ebenso, wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber eine neue Forderung an Erfüllungsstatt übernimmt, die neue Forderung aber wegen Formmangels nicht znstande kommt [1]). Das folgt aus dem Wesen der Annahme an Er-

[24]) Berndorff S. 30.

[25]) Zutreffend RG. Bd. 32 S. 109: „Mit der Annahme an Erfüllungsstatt ist eine Vereinbarung des Inhaltes nicht unvereinbar, daß für das zu Eigentum zu übertragende Grundstück ein bestimmter Preis und Herauszahlung des Überschusses vereinbart wird."

[26]) Römer S. 34;
Crome, System § 191 zu Anm. 8 u. 9.

[1]) Planck Anm. 1 zu § 364;
Oertmann zu § 364, Anm. 1.

füllungsstatt: Die Parteien geben der anderen **Leistung** die Wirkung, die Erfüllung zu vertreten, und das Gesetz bestätigt die Möglichkeit, daß die Parteien das Schuldverhältnis auf diese Art endgültig, nicht bloß auf dem Wege der Einrede beenden können.

Eine Ausnahme besteht aber für die Fälle, in denen der Schuldner an Erfüllungsstatt Eigentumsübertragung oder Abtretung eines Rechtes anbot, also Leistungen, die Gegenstand der Verpflichtung aus einem Kaufvertrag sein können. Hier tritt Tilgung der Forderung sofort ein, wenn der äußerliche Akt vollzogen ist, der zur Eigentumsübertragung oder Zession erforderlich ist, also Einigung und Übergabe und deren Surrogate, bzw. bloße Einigung. Nicht ist in diesen Fällen vollständige und endgültige Rechtsverschaffung nötig. Das ergibt sich aus § 365, der dem Gläubiger den Rückgriff auf die alte Forderung verwehrt und ihm statt dessen Gewährleistungsansprüche gibt. Hier tritt die Annahme an Erfüllungsstatt in scharfen Gegensatz zur Erfüllung. Allerdings kann auch bei der Erfüllung der Schuldner befreit werden, wenn er eine fremde Sache zum Eigentumserwerb anbietet, und der Gläubiger diese infolge gutgläubigen Erwerbs durch Ersitzung, Vermischung oder Verarbeitung usw. zu Eigentum erwirbt. Die Befreiung tritt aber erst ein, wenn der Erfolg erzielt ist, da der Schuldner nicht für die Art der Ausführung, sondern nur für die endgültige Rechtsverschaffung einzustehen hat [2]). Bei der Annahme an Erfüllungsstatt nach § 365 kommt es nur auf den äußeren Anschein, nicht auf den materiellen Erfolg an. Wenn nur ein Rechtsgeschäft vollzogen ist, welches zur Eigentums- oder Forderungsübertragung geführt hätte, wenn nicht ein Mangel im Recht bestanden hätte, der den Erfolg hinderte, so erlischt schon die Forderung des Gläubigers endgültig [3]).

Diese Fälle stellen, systematisch betrachtet, eine Ausnahme gegenüber der Regel des § 364 dar, bilden aber in Wirklichkeit weitaus die Regel [4]). An sie knüpft auch die Rechtsbetrachtung meistens an und wahrscheinlich sind sie auch der historische Ausgangspunkt der Lehre gewesen [5]).

§ 9.

Es gibt keinen Vorvertrag über die Annahme an Erfüllungsstatt (pactum de datione in solutum).

Da die Annahme an Erfüllungsstatt aus einem dinglichen und einem schuldrechtlichen Betrage besteht, fragt es sich, ob die Parteien schon vor

---

And. M. **Crome**, System Bd. 2 § 187 I, 3;
Endemann, Lehrb. § 142 II, 1.
Vgl. unten S. 46.

[2]) **Schöninger**, Leistungsgeschäfte S. 87.

[3]) Vgl. unten S. 44 f.

[4]) **Crome**, System § 187 I, 1.

[5]) **Kretschmar** S. 58 f.

der Leistung vereinbaren können, daß der Schuldner statt des eigentlich Geschuldeten etwas anderes leisten könne. Zwei Fälle einer solchen Vereinbarung sind möglich:

1. Der Schuldner wird berechtigt, aber nicht verpflichtet, eine andere Leistung statt der geschuldeten zu bewirken. Eine solche Vereinbarung ist Abänderung eines ursprünglich einfachen Schuldverhältnisses in ein solches mit Ersetzungsbefugnis des Schuldners, nicht „eine alternative Ermächtigung des Schuldners, zu erfüllen oder an Erfüllungsstatt zu leisten" [1]). Denn die anderweitige Lieferung ist Gegenstand des Schuldverhältnisses geworden, und es treffen darauf die Erwägungen zu, welche oben [2]) bei Abgrenzung der Leistung, die der Schuldner in Ausübung einer ihm zustehenden Ersetzungsbefugnis macht, von der Annahme an Erfüllungsstatt angestellt sind.

2. Der Gläubiger wird berechtigt, eine andere Leistung statt der bisher allein geschuldeten zu verlangen. Dann ist das einfache Schuldverhältnis abgeändert in ein solches mit Wahlbefugnis des Gläubigers. Daß die Erfüllung eines solchen in jedem Fall Erfüllung und nicht Annahme an Erfüllungsstatt ist, ist oben [3]) dargelegt. Berndorff [4]) hebt zutreffend hervor, daß eine solche Vereinbarung auch Annahme an Erfüllungsstatt durch Übernahme einer neuen Verbindlichkeit sein kann.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß eine Vereinbarung, der Schuldner solle später — wenn die Zeit der Erfüllung da sei — erfüllen oder an Erfüllungsstatt leisten können, nicht möglich ist, wenigstens nicht in dem Sinn, daß die andere Leistung als Leistung an Erfüllungsstatt zu betrachten ist. Beabsichtigen die Parteien dies — so daß der Schuldner für die andere Leistung so haften soll, als habe er sie an Erfüllungsstatt gegeben —, so müssen sie es durch einen Vertrag dieses Inhaltes besonders vereinbaren. Das können sie, da im Schuldrecht Vertragsfreiheit herrscht. Es genügt aber nicht, wenn die Parteien die Wendung gebrauchen, der Schuldner dürfe etwas anderes „an Erfüllungsstatt" leisten. Rehbein [5]) nimmt zwar die Möglichkeit eines „pactum de datione in solutum" ohne weiteres an [6]), hebt aber zutreffend hervor, daß, wenn dieser Vertrag „mit der Begründung des Schuldverhältnisses verbunden, d. h. in dem begründenden Vertrage dem Schuldner das Recht eingeräumt wird, eine Leistung durch eine andere zu ersetzen, von datio in solutum überhaupt nicht zu reden ist". Warum soll es aber anders sein, wenn diese Vereinbarung zeitlich

---

[1]) So Berndorff S. 16 zu Anm. 2; Unger S. 541 Anm. 5.
[2]) S. 14 f.
[3]) S. 16 f.
[4]) S. 17 f.
[5]) Anm. 25 zu §§ 362 ff.
[6]) Ebenso das ROHG. Bd. 5 S. 420 f.

nach Eingehung des Schuldverhältnisses, aber noch vor der Erfüllung liegt, so daß die Vereinbarung den Inhalt des Schuldverhältnisses selbst betrifft? Es muß allerdings folgendes beachtet werden: Nicht jede Besprechung, die der Leistung eines aliud zeitlich vorangeht, ist schon Abänderung des Schuldverhältnisses. Wenn die Besprechung mit der darauf erfolgenden anderweitigen Leistung zusammen ein rechtliches Ganzes bildet, dann ist sie nur die zur Annahme an Erfüllungsstatt notwendige Vereinbarung über den Schuldtilgungszweck. Ein Ganzes mit der Leistung ist die Besprechung dann, wenn nach Parteiabsicht durch die Vereinbarung das Schuldverhältnis in das Stadium der Erfüllung tritt. Es hieße ja auch den solutorischen Charakter der Annahme an Erfüllungsstatt gänzlich durchbrechen, wollte man einen Vorvertrag über die Annahme an Erfüllungsstatt zulassen: Die Annahme an Erfüllungsstatt soll nur die Erfüllung selbst, niemals das Schuldverhältnis, insbesondere die Verpflichtungen daraus, abändern.

Vielfach wird die Verfallklausel beim Pfand als ein solcher Vorvertrag betrachtet und dementsprechend aus der Tatsache, daß diese Klausel im Gesetz ausdrücklich verboten ist, gefolgert, daß das Gesetz einen Vertrag über die Annahme an Erfüllungsstatt anerkenne. Doch ist die Verfallklausel gar kein solcher Vertrag: Wenn sie gültig wäre, so erzeugte sie nur eine bedingte Verbindlichkeit des Schuldners, Eigentum an der Pfandsache zu übertragen und, wie Reichel[7]) bemerkt, „ist hier ganz streng genommen, von einer datio in solutum nicht zu sprechen. Worauf ein Anspruch geht, wenn schon ein nur bedingter, das ist eben debitum".

§ 10.

Fälle einseitiger Annahme an Erfüllungsstatt.

Regelmäßig ist die Annahme an Erfüllungsstatt ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner. Es fragt sich nun, ob es auch Fälle gibt, wo einseitig von Schuldner- oder Gläubigerseite aus etwas an Erfüllungsstatt gegeben oder genommen werden kann. Die Einseitigkeit widerspricht nicht dem Wesen der Annahme an Erfüllungsstatt; denn sie ist ein solutorisches Geschäft und dafür ist es unerheblich, wie die Zwecksetzung vor sich geht. Im römischen und gemeinen Recht hatten wir einen Fall einer einseitigen Hingabe an Erfüllungsstatt seitens des Schuldners im sogenannten beneficium de datione in solutum[1]). Im heutigen Recht gibt es keinen Fall einer einseitigen Hingabe an Erfüllungsstatt seitens des Schuldners.

---

[7]) In IheringsJb. 53 S. 172.

[1]) Nov. 4 c. 4. Dazu Römer S. 162 ff.

Die herrschende Meinung [2]) erblickt in der Ersetzungsbefugnis des Schuldners ein Recht zur Hingabe an Erfüllungsstatt. Demzufolge sind für sie alle Fälle einer gesetzlichen Ersetzungsbefugnis [3]) Fälle einer gesetzlichen einseitigen Leistung an Erfüllungsstatt seitens des Schuldners. Wir sahen oben, daß die Leistung, welche der Schuldner in Ausübung einer ihm zustehenden Ersetzungsbefugnis macht, Erfüllung und nicht Leistung an Erfüllungsstatt ist. Daher scheiden für uns alle diese Fälle aus. Auch § 195 Abs. 3 HGB. gehört nicht hierher [4]).

Ebensowenig enthält § 825 ZPO. einen Fall einer einseitigen Hingabe an Erfüllungsstatt seitens des Schuldners. Zwar bestimmt diese Gesetzesvorschrift allgemein, daß auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners das Vollstreckungsgericht die Verwertung einer gepfändeten Sache in anderer Weise als durch Zwangsversteigerung anordnen kann. Damit ist dem Gericht auch die Möglichkeit gegeben, eine gepfändete Sache dem Gläubiger zu überweisen mit der Wirkung, daß dadurch ganz oder teilweise die — in diesem Fall immer auf Geld gerichtete — Forderung des Gläubiger erlischt. Das ist tatsächlich ein Fall einer einseitigen Leistung an Erfüllungsstatt. Fraglich ist aber, ob das Gericht diese Art der Verwertung auf Antrag des Schuldners anordnen darf. Diese Frage ist zu verneinen. Wörtlich genommen, deckt zwar § 825 ZPO. auch diesen Fall; denn er macht keinen Unterschied zwischen dem Antrag des Gläubigers und dem des Schuldners. Aber Billigkeitserwägungen und Betrachtung verwandter Gesetzesvorschriften zeigen uns, daß der Gesetzgeber sicherlich diese Möglichkeit nicht zulassen wollte. Es wäre sehr unbillig, wenn durch einen Antrag des Schuldners die Möglichkeit geschaffen würde, daß dem Gläubiger eine Sache, die er gar nicht brauchen und vielleicht auch nur schwer verwerten kann, einfach aufgedrängt und seine Forderung zum Untergang gebracht wird. Es fehlt an jeder innerlichen Berechtigung, dem Schuldner, der sich im Verzug mit einer Geldschuld befindet, von der schon durch Urteil festgestellt ist, daß er sie zu zahlen hat, um dieses Verzuges willen Erleichterungen zu verschaffen, die er ohne den Verzug nicht gehabt hätte [5]). Auch andere Gesetzesvorschriften sprechen gegen eine so weitgehende Auslegung des § 825 ZPO. Die Anerkennung der Wirksamkeit eines solchen

---

[2]) Enneccerus II, 1 § 244;
Planck Vorbem. II zu §§ 262—265;
Litten S. 93 Anm. 3;
Regelsberger in JheringsJb. Bd. 16 S. 166f.
Staudinger Vorbem. II, 5 zu §§ 262ff.;
Berndorff S. 16.
Für das gemeine Recht Römer S. 159.

[3]) §§ 251 Abs. 2, 257, 528 Satz 2, 1973 Abs. 2, 2170 Abs. 2 u. a.

[4]) Berndorff S. 10.

[5]) Reichel in JheringsJb. Bd. 53 S. 163.

Antrages seitens des Schuldners gäbe diesem eine — wenn auch durch den Erlaß des Beschlusses bedingte — einseitige Befugnis zur Hingabe an Erfüllungsstatt. Das stände aber in Wiederspruch mit der im § 14 Ziff. 4 EG. zur ZPO. und § 4 EG. zur KO. zum Ausdruck gelangten Absicht des Gesetzgebers, dem Schuldner die Erleichterungen zu entziehen, die er nach dem bis dahin geltenden Rechte hatte, und im Gegensatz dazu, dem Gläubiger wirklich zu dem zu verhelfen, was er zu beanspruchen hat. So bestimmt § 14 Ziff. 4 EG. zur ZPO.: „Außer Kraft treten insbesondere: ... Die Vorschriften über die Bewilligung von Moratorien, über die Urteilsfristen und über die Befugnisse des Gerichtes, dem Schuldner bei der Verurteilung Zahlungsfristen zu gewähren." Und im Fall des § 4 EG. KO. ist sogar ausdrücklich der einseitigen Hingabe an Erfüllungsstatt gedacht: „Aufgehoben werden die Vorschriften der Landesgesetze . . . über die Rechtswohltat der Güterabtretung . . ." Man würde aber die Rechtswohltat der Güterabtretung auf einem Umwege wieder einführen, wollte man die Zwangsüberweisung auf Antrag des Schuldners zulassen. Die Absicht des Gesetzgebers hat ferner deutlich ihren Niederschlag in § 835 ZPO. gefunden. Danach kann die Überweisung von Forderungen an Zahlungsstatt nur auf Antrag des Gläubigers, nicht des Schuldners erfolgen. Es gibt daher keinen rechtswirksamen einseitigen Antrag des Schuldners auf Zwangsüberweisung [6]).

Rehbein [7]) nimmt an, daß ein Dritter, der den Gläubiger gemäß § 268 Abs. 2 durch Aufrechnung befriedigt, an Erfüllungsstatt leiste, da die Gegenseitigkeit von Schuld und Forderung nicht vorliege, mithin der Gläubiger statt des Geschuldeten Befreiung von seiner Schuld an den Dritten erhalte. Doch erscheint das nicht richtig: Diese Art der Aufrechnung unterscheidet sich von der gewöhnlichen nur durch das Fehlen der Gegenseitigkeit. Diese wird aber durch das Zwangsbefriedigungsrecht, welches der Dritte nach § 268 hat, ersetzt. Auch die gewöhnliche Aufrechnung ist ja ein Zwangsverwertungsrecht des aufrechnenden Schuldners und im § 268 ist dieses Recht auf einen Dritten übertragen. Die Aufrechnung nach § 268 Abs. 2 unterscheidet sich also im Prinzip nicht von der gewöhnlichen, und ist daher auch als solche anzusehen, nicht als Hingabe an Erfüllungsstatt.

Fälle einer einseitigen Leistung an Erfüllungsstatt seitens des Schuldners haben wir somit im geltenden Recht nicht mehr. Wohl aber haben wir Fälle, in denen der Gläubiger sich einseitig Gegenstände aus dem Vermögen des Schuldners nehmen kann mit der Wirkung, daß durch den Übergang

---

6) Im Ergebnis ebenso:
Stein-Jonas Anm. II, 3 zu § 825 ZPO.;
Reichel in IheringsJb. Bd. 53 S. 164.

7) Anm. 69 zu § 268.

des Gegenstandes in das Vermögen des Gläubigers die Forderung erlischt. Die Tatsache, daß wir eine einseitige Annahme an Erfüllungsstatt seitens des Gläubigers, aber keine einseitige Hingabe an Erfüllungsstatt seitens des Schuldners haben, entspricht der überragenden wirtschaftlichen Bedeutung, die die Annahmeerklärung gegenüber dem Angebot des Schuldners hat.

Diese Fälle einer einseitigen Annahme an Erfüllungsstatt sind:

1. Der oben schon erwähnte Fall des § 825 ZPO. Der Gläubiger kann den Antrag stellen, daß die Verwertung gepfändeter Sachen in anderer Weise als durch Zwangsversteigerung erfolge. Dann kann das Gericht — abgesehen von anderen Möglichkeiten — beschließen, daß die gepfändete Sache dem Gläubiger zu einem bestimmten Preise übereignet werde. Diese Zwangsüberweisung ist eine einseitige Annahme an Erfüllungsstatt seitens des Gläubigers [8]): Die Preisfestsetzung besagt nur, daß die (Geld-)Forderung des Gläubigers durch die Überweisung der Sache in Höhe des „Preises" erlischt. Der Gläubiger nimmt sich durch Vermittlung des Gerichtes einen anderen, als den geschuldeten Gegenstand aus dem Vermögen des Schuldners und bringt dadurch unmittelbar seine Forderung zum Erlöschen. Die Wirkungen des Eigentumsüberganges und der Schuldtilgung werden unmittelbar durch den Gerichtsbeschluß hervorgebracht. Dieser Beschluß kann aber nur auf dahingehenden Antrag des Gläubigers erlassen werden. Letzten Endes ist es also der Gläubiger, der einseitig die Annahme an Erfüllungsstatt herbeiführen kann, auch unter Widerspruch des Schuldners.

Aus der Tatsache, daß diese Annahme an Erfüllungsstatt einseitig erfolgt, ergibt sich, daß eine Gewährleistungspflicht des Vollstreckungsschuldners gemäß § 365 nicht besteht; denn von einer Kaufähnlichkeit des Geschäftes kann keine Rede mehr sein. Es wäre ja auch äußerst unbillig, wollte man dem Vollstreckungsschuldner, aus dem Grunde, weil die Zwangsvollstreckung auf einseitigen Antrag des Gläubigers in anderer Weise als gewöhnlich erfolgt, eine Haftung auferlegen, die er bei gewöhnlichem Gang der Dinge nicht zu tragen hätte [9]). Andererseits erlischt die Forderung nur, wenn der überwiesene Gegenstand in das Vermögen des Gläubigers übergeht [10]). Anders, wenn der Beschluß des Gerichtes auf übereinstimmenden Antrag von Gläubiger und Schuldner erlassen ist. Dann kommt die Annahme an Erfüllungsstatt letzten Endes infolge des übereinstimmenden Parteiwillens zustande, dementsprechend tritt auch eine Gewährleistungspflicht des Schuldners ein [11]).

---

[8]) Stein-Jonas Anm. II. 3 zu § 825 ZPO.;
Reichel in IheringsJb. Bd. 35 S. 110.

[9]) Reichel in IheringsJb. Bd. 53 S. 176.

[10]) Siehe unten S. 43 und S. 50.

[11]) Reichel in IheringsJb. Bd. 53 S. 179 f., insbesondere S. 181.

Die für die Annahme an Erfüllungsstatt wichtige Bestimmung des § 365 kommt für die Zwangsüberweisung nicht in Betracht. Immerhin ist es nicht ohne Bedeutung, daß die Zwangsüberweisung auf Antrag des Gläubigers eine Annahme an Erfüllungsstatt ist. Denn diese Erkenntnis führt zu der Folgerung, daß der Gläubiger so gestellt werden muß, als ob er die Sache durch Annahme eines entsprechenden Schuldnerangebotes erworben hätte. Der Gläubiger kann also vor allem einen gutgläubigen Erwerb gemäß § 932 ff. machen, allerdings keinen Erwerb nach § 935 Abs. 2, da es sich nicht um einen Erwerb im Wege der öffentlichen Versteigerung handelt.

2. Der zweite Fall einer einseitigen Annahme an Erfüllungsstatt seitens des Gläubigers ist in § 835 ZPO. vorgesehen. Der Vollstreckungsgläubiger kann verlangen, daß eine für ihn gepfändete Geldforderung ihm an Zahlungsstatt zum Nennwert überwiesen wird. Dieser Fall entspricht dem zu 1. erwähnten. Wegen der Einseitigkeit des Geschäftes ist auch hier für § 365 BGB. kein Raum: Die Forderung des Gläubigers erlischt nur so weit, als die überwiesene Forderung besteht. Eine Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Drittschuldners besteht sowieso nicht (§ 365 mit 437).

Dagegen ist nicht als Annahme an Erfüllungsstatt anzusehen der Erwerb des Pfandes durch den mitbietenden Gläubiger bei der öffentlichen Versteigerung (§§ 1239, 816 Abs. 4 ZPO.). Mit den oben zu 1. und 2. erwähnten Fällen hat dieser gemeinsam, daß durch einseitigen Willensakt des Gläubigers ein Rechtsgeschäft vollendet wird, welches gewöhnlich nur vertraglich zustande kommt. Äußerlich betrachtet, gleichen sich die Rechtsgeschäfte soweit. Der Gläubiger bekommt auf Grund einseitiger Willenserklärung einen Gegenstand aus dem Vermögen des Schuldners, und seine Forderung erlischt insoweit, als er den Gegenstand bekommt. Welchen Vertrag aber das Gesetz ausnahmsweise durch einseitige Erklärung hat zustande kommen lassen, sehen wir an den Wirkungen, die es der Erklärung des Gläubigers beilegt. Wenn wir diese Wirkungen untersuchen, so finden wir, daß das Gesetz dem Gläubiger so stellen will, als wenn er die Sache auf Grund eines Kaufvertrages, nicht einer Annahme an Erfüllungsstatt erworben hätte.

Zunächst spricht das Gesetz in § 1239 Abs. 1 Satz 2 davon, daß, wenn der Pfandgläubiger den Zuschlag erhält, der Kaufpreis als von ihm empfangen anzusehen ist. Wenn ja auch die Bezeichnung „Kaufpreis" noch kein zwingendes Argument dafür ist, daß das Gesetz den Erwerb des Pfandes durch den Gläubiger als Kauf auffaßt [12]), so folgt doch aus

---

[12]) Motive III S. 826;
Berndorff S. 11.

der Stellung des § 1239, daß das Gesetz den erwerbenden Gläubiger ebenso stellen will wie jeden Dritten, der das Pfand erwirbt, insbesondere ihm einen gutgläubigen Erwerb nach § 1244 ermöglichen will[13]). Dieser Erwerb kann aber nur eintreten, wenn man annimmt, daß das Geschäft, welches ausnahmsweise durch einseitige Erklärung zustande kommt und auch erfüllt wird, ein Kaufvertrag ist, nicht eine Annahme an Erfüllungsstatt. Denn diese ermöglicht dem Gläubiger nur einen gutgläubigen Erwerb nach §§ 932 ff.[14]). Eigentumserwerb tritt also nicht ein an abhandengekommenen Sachen, da § 935 Abs. 2 keine Anwendung auf sie findet. Dem Pfandgläubiger will aber das Gesetz offenbar den weitergehenden Schutz des § 1244, der § 935 ausdrücklich ausschließt, gewähren[15]).

Konstruiert man den Erwerb des Pfandes durch den Pfandgläubiger als Annahme an Erfüllungsstatt, so ergibt sich folgendes: Wenn die zugrundeliegende Forderung nicht besteht, so hat der Gläubiger auch kein Pfandrecht. Das einseitige Recht zur Annahme an Erfüllungsstatt ist aber nur ein Ausfluß des Pfandrechtes, steht ihm somit in diesem Fall auch nicht zu. Wenn er also — auch im guten Glauben an das Bestehen der Forderung — die Sache als Meistbietender zugeschlagen bekommt, so kann er doch kein Eigentum erwerben: Zu einer gewöhnlichen Eigentumsübertragung fehlt die Einigungserklärung des Eigentümers, einen einseitigen Erwerb kann er mangels einer dahingehenden Befugnis nicht machen. Der Mangel der Befugnis kann aber nicht geheilt werden, da § 1244 nur auf eine „Veräußerung als Pfand", d. h. einen Pfand**verkauf** Anwendung findet, die Annahme eines solchen aber bei der Konstruktion als einseitige Annahme an Erfüllungsstatt ausdrücklich abgelehnt wird[16]). Das Gesetz regelt aber den Fall, daß eine Forderung — und dementsprechend ein Pfandrecht — nicht bestand, in § 1244 dahin, daß der Mangel des Pfandrechtes durch den guten Glauben des Erwerbers geheilt wird, und der Eigentümer der Pfandsache auf einen Herausgabeanspruch bezüglich des Erlöses beschränkt ist (§ 1247). Ob dieser Anspruch dinglich[17]) oder obligatorisch ist[18]), kann hier dahingestellt bleiben. Es ist aber nicht einzusehen, warum der Pfandschuldner für den Fall, daß der Pfandgläubiger das Pfand erwirbt, teils günstiger und teils ungünstiger gestellt sein soll, als wenn ein Dritter die Sache kauft. Man denke z. B. an folgenden Fall. C verpfändet für eine vermeintliche Schuld des B bei A

---

[13]) **Wolff**, Sachenrecht § 166 VI;
Biermann zu § 1244 Anm. 3;
Planck Anm. 4 zu § 1244.

[14]) OLG. Dresden in SeuffArch. Bd. 62 S. 298.

[15]) **Planck** Anm. 5 zu § 1244.

[16]) **Berndorff** S. 11.

[17]) So **Wolff**, Sachenrecht § 166 VII, Bd. 2.

[18]) So **Leonhard** in Arch. f. bürg. Recht Bd. 21 S. 216.

eine Sache an A. A bringt sie zur Zwangsversteigerung und erwirbt sie selbst. Nach der hier abgelehnten Ansicht kann er unter keinen Umständen Eigentum daran erwerben. C hat also gegen A einen Herausgabeanspruch aus §§ 985 ff. Hätte ein anderer die Sache erworben, auch B, so wäre C auf den Kauferlös beschränkt. Wenn andererseits die Sache durch Nachlässigkeit des A untergeht, so hat C überhaupt keinen Anspruch gegen A. (Es ist immer vorausgesetzt, daß A an das Bestehen des Pfandrechtes glaubt, mithin unbefangener Besitzer im Sinne von § 990 ist.) Noch nicht einmal die gezogenen Nutzungen brauchte A herauszugeben, da er den Besitz nicht unentgeltlich erlangt hat, sondern auf Grund eines als entgeltlich gedachten Geschäftes. A, der niemals etwas zu fordern hatte, würde auf diese Art einen guten Gewinn machen. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend. Viel billiger ist es, den A, der die Pfandsache erworben hat, bei diesem Erwerbe festzuhalten und ihn für den Fall, daß die zu sichernde Forderung nicht bestand, zur Zahlung des Kaufpreises zu verpflichten. Das widerspricht auch keineswegs den Parteiabsichten: Es ist nicht richtig, wie Berndorff[19]) meint, daß der erwerbende Gläubiger nur die Absicht habe, Befriedigung für seine Forderung zu suchen. Wenn er nur das wollte, so brauchte er das Pfand ja gar nicht erwerben; denn seine Forderung ist auf Geld gerichtet (§ 1288 Abs. 2) und Geld bekommt er nur, wenn ein anderer das Pfand erwirbt. Auch ist regelmäßig der Pfandgläubiger nicht etwa zum Mitbieten gezwungen, weil ohne sein Gebot die Sache zu billig verkauft würde; denn das Pfand hat meist einen viel höheren Wert, als die gesicherte Forderung und selbst, wenn es weit unter Wert zugeschlagen wird, so deckt das Gebot doch immer noch die Forderung des Gläubigers. Sollten aber zu geringe Gebote abgegeben werden, so steht es dem Gläubiger frei, die Versteigerung ergebnislos schließen zu lassen und sie nach einiger Zeit zu wiederholen[20]). Wenn also der Pfandgläubiger mitbietet, so tut er das nicht nur um seiner Befriedigung willen, sondern auch in Umsatzabsicht. Diese Absicht verstößt auch keineswegs gegen Treu und Glauben[21]). Denn der Verpfänder hat sich durch die Verpfändung damit einverstanden erklärt, daß die Sache verkauft werde — gleichviel an wen —, wenn die Schuld nicht bezahlt wird. Der Gläubiger erwirbt also nicht nur deswegen, weil er eine Forderung hat. Sein Erwerb stellt sich mithin als Kauf, nicht als Annahme an Erfüllungsstatt dar[22]).

Dafür spricht auch die Analogie des Prozeßrechtes. Hier stehen dem Gläubiger, der die gepfändete Sache erwerben will, zwei Wege offen:

---

[19]) S. 12.
[20]) Wolff, Sachenrecht § 166 III, 5 Anm. 9.
[21]) Wie Berndorff S. 12 meint.
[22]) Oben S. 29f.

Entweder er bietet bei der öffentlichen Versteigerung mit (§ 816 Abs. 4 ZPO.), oder aber er beantragt, daß ihm das Pfand zum Schätzungswert zugeschlagen werde (§ 825 ZPO.). Hier tritt deutlich zutage, daß das Gesetz den Erwerb des Gläubigers nach § 816 Abs. 4 als einen Erwerb in öffentlicher Versteigerung auffaßt, den zweiten Fall aber gesondert als eine Verwertung „in anderer Weise" behandelt. Zudem spricht § 817 Abs. 4 ZPO. ausdrücklich davon, daß der Gläubiger, welchem der Zuschlag erteilt ist, von der Verpflichtung zur baren Zahlung soweit befreit ist, als der Erlös zu seiner Befriedigung zu verwenden ist, nimmt also ohne weiteres an, daß eine solche Verpflichtung bestehe. Das könnte aber nicht der Fall sein, wenn der Erwerb durch den Gläubiger Annahme an Erfüllungstatt wäre [23]).

Eine besondere Stellung nimmt das Recht des Gläubigers nach § 1281 Abs. 1 Satz 3 ein. Es ist formell betrachtet nicht ein einseitiges Recht zur Annahme an Erfüllungsstatt, sondern nur ein Recht auf Abschluß eines Angabevertrages. Wirtschaftlich betrachtet, kommt es aber darauf hinaus, daß der Gläubiger sich einseitig die Forderung nehmen kann. Dieselbe Wirkung kann nämlich der Gläubiger erzielen, indem er sich auf Grund eines vollstreckbaren Titels die Forderung seines Schuldners gemäß § 835 ZPO. pfänden und an Zahlungsstatt überweisen läßt. § 1282 Abs. 1 Satz 3 will nur dem Gläubiger diesen Umweg ersparen [24]). Wenn der Verpfänder dem Verlangen nach Abtretung der Forderung nicht nachkommt, so kann der Gläubiger unmittelbar hierauf klagen, und die Abtretungserklärung gilt gemäß § 894 ZPO. mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben. Der Gläubiger braucht also nicht erst noch einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß zu erwirken. Diesem wirtschaftlichen Gesichtspunkt muß Rechnung getragen werden, d. h. dieser Abtretung an Erfüllungsstatt sind die gleichen Wirkungen beizulegen wie der Überweisung an Erfüllungsstatt: Die Forderung des Gläubigers erlischt nur, soweit die abgetretene Forderung besteht, eine Gewährleistungspflicht tritt demgemäß nicht ein [25]). Es wäre auch unbillig, wollte man dem Pfandschuldner die Gewährleistungspflicht aus einem Vertrage auferlegen, den er gar nicht abschließen wollte.

In diesem Zusammenhang ist auch zu prüfen, ob ein Vertreter im Wege des Selbstkontrahierens ohne Zustimmung des Vertretenen etwas an

---

23) Stein-Jonas Anm. 3, 2 zu § 817.
And. M. Berndorff S. 14 f.;
Reichel in IheringsJb. Bd. 53 S. 172.

24) Protokolle III S. 4329;
Kretschmar, Sachenrecht Anm. 3 zu § 1282;
Planck, Anm. 3 zu § 1282.

25) And. M. Staudinger Anm. 1b zu § 1282;
Kretschmar Anm. 3 zu § 1282.

Erfüllungsstatt annehmen oder hingeben kann; denn die Annahme an Erfüllungsstatt durch Selbstkontrahieren ist zwar, juristisch betrachtet, ein vertragsmäßig, wirtschaftlich betrachtet aber ein einseitig zustande gekommenes Rechtsgeschäft. Gemäß § 181 könnte der Vertreter das nur, wenn die Annahme an Erfüllungsstatt ausschließlich Erfüllung der Verbindlichkeit wäre. Das ist sie aber nicht. Vielmehr enthält sie einen Vertrag darüber, daß nicht das Geschuldete, sondern etwas anderes geleistet wird, im Gegensatz zur Erfüllung. Spricht so schon der Wortlaut des § 181 gegen die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens, so führen auch die rechtspolitischen Erwägungen, welche dieser Vorschrift zugrundeliegen, zu demselben Ergebnis [26]). Logisch und rechtlich ist es möglich, daß jemand mit sich sebst kontrahiert; aber die Protokolle [27]) führen dazu aus: „Es sei für die Regel davon auszugehen, daß das Selbstkontrahieren stets die Gefahr eines Konfliktes der Interessen und einer Schädigung des einen oder anderen Teiles mit sich bringe, und deshalb, soweit nicht durch das Gesetz oder durch die Vollmacht (ausdrücklich oder stillschweigend) dem Vertreter ein anderes gestattet sei, verboten werden müsse . . . Nur eine Ausnahme von der Unzulässigkeit des Selbstkontrahierens, auch außer im Fall besonderer Gestattung, erfordere das Verkehrsbedürfnis, nämlich für die lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehenden Rechtsgeschäfte . . . Dieser Forderung des Verkehrs gegenüber könne das Bedenken, daß untreue Vertreter gerade durch das Sichselbstbezahltmachen das Interesse des Vertretenen wesentlich zu schädigen pflegen, nicht durchgreifen." Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß die Zulässigkeit des Selbstkontrahierens möglichst eingeschränkt werden muß. Für das reine Erfüllungsgeschäft ist sie ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen. Darüber hinaus sie für die Annahme an Erfüllungsstatt, als ein Geschäft mit dem gleichen Endzweck wie die Erfüllung zuzulassen, ist nicht angängig; denn gerade hier ist eine Schädigung der Interessen des Vertretenen in hohem Maße möglich, indem der Vertreter sich beliebig Gegenstände, auf die er keinen rechtlichen Anspruch hat, die er aber gern bekommen möchte, an Erfüllungsstatt überträgt, oder statt des eigentlich Geschuldeten dem Vertretenen Sachen, die er selbst nicht brauchen kann, gibt. Annahme an Erfüllungsstatt im Wege nicht gestatteten Selbstkontrahierens gibt es also nicht [28]).

---

[26]) Motive I S. 224 f.
[27]) Protokolle II S. 353.
[28]) Ebenso Dernburg, Bürgerl. Recht § 119 Anm. 3;
Enneccerus I, 1 § 168 III, 1;
Entsch. der OLG. Bd. 8 S. 32;
Kammergericht vom 2. 10. 1903 in Bl. f. Rechtspfl. im B. d. KG. 1903 S. 97.

Abschnitt III.

Wirkungen der Annahme an Erfüllungsstatt.

§ 11.

Die Annahme an Erfüllungsstatt bewirkt Schuldtilgung.

„Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt annimmt." Dieselben Worte gebraucht das Gesetz im § 362: „Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird". Die Annahme an Erfüllungsstatt hat also dieselbe Wirkung wie die Erfüllung, d. h. das Schuldverhältnis geht mitsamt seinen Nebenrechten unter, es wird nicht nur durch eine Einrede entkräftet[1]. Diese Hauptwirkung der Annahme an Erfüllungsstatt ist seit Justinian allgemein anerkannt[2], wenn auch, wie oben gezeigt, gewisse Überreste der prokulianischen Ansicht, nach der die Annahme an Erfüllungsstatt nur eine Einrede begründete, durch das ganze gemeine Recht hindurch beibehalten worden sind. Hinsichtlich dieser Wirkung ist die Annahme an Erfüllungsstatt der Erfüllung gleichgestellt und dies mit Recht; dann nach dem Parteiwillen soll die andere Leistung die Wirkungen der Erfüllung haben.

§ 12.

Es gibt zwei Arten von Annahme an Erfüllungsstatt:

1. Eine solche, auf welche die Kaufvorschriften Anwendung finden; diese ist vollendet mit Abschluß des Angabevertrages und begründet Gewährleistungspflichten.

2. Eine solche, die wie die Erfüllung zu behandeln ist.

Außer der Vorschrift des § 364 über die Schuldtilgungswirkung der Annahme an Erfüllungsstatt haben wir die Bestimmung des § 365: „Wird eine Sache, eine Forderung gegen einen Dritten oder ein anderes Recht an Erfüllungsstatt gegeben, so hat der Schuldner wegen eines

---

[1] Motive II S. 82;

[2] Oertmann Anm. 1 zu § 364;
Berndorff S. 22;
Rehbein Anm. 26 zu §§ 362—371;
Schollmeyer Anm. 1 zu § 364;
Planck Anm. 1 zu § 364;
Kretschmar S. 58;
Römer S. 63f.;
Gruchot i. s. Beitr. Bd. 18 S. 465f.

Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten." Diese Bestimmung legt dem an Erfüllungsstatt Leistenden eine Haftung aus der Annahme an Erfüllungsstatt auf, ähnlich, wie man vor Schliemann eine Haftung des Zedenten als solchen annahm. Das Gesetz gründet die Gewährleistungspflichten auf ein „vom Schuldner mit der Hingabe an Erfüllungsstatt stillschweigend gegebenes Versprechen, dafür einzustehen, daß das in solutum Gegebene in das Vermögen des Gläubigers wirklich und dauernd übergehe"[1]. Daß die Annahme eines solchen Versprechens eine Fiktion ist, haben wir schon oben gesehen[2]. Immerhin ist es von großer Wichtigkeit zu wissen, welche Beweggründe den Gesetzgeber veranlaßten, der Annahme an Erfüllungsstatt den über ihre Erfüllungsnatur hinausgehenden Charakter eines Rechtsgeschäftes zu geben, welches selbständig Rechte und Pflichten begründet; denn daraus ergibt sich die Abgrenzung dieser Fälle der Annahme an Erfüllungsstatt von den normalen, wo sie nur die Wirkungen der Erfüllung hat. Die Grenze ist so zu finden: Die Gewährleistungspflichten gründen sich auf eine Fiktion. Diese Fiktion ihrerseits knüpft an ein Verhalten des Schuldners an, welches wenigstens den ihm unterschobenen Sinn haben könnte. Wenn z. B. der Schuldner dem Gläubiger einen Nießbrauch an Erfüllungsstatt bestellt, so kann man nicht seinem Verhalten den Sinn unterschieben, daß er dafür einstehen wolle, daß das Hingegebene wirklich und dauernd übergehe. Vielmehr will er die Sache selbst nach Beendigung des Nießbrauches zurückhaben, und von einem „Übergehen" des Rechtes oder der Sache kann keine Rede sein, sondern höchstens von einem Neuentstehen eines Rechtes in der Person des Gläubigers. Offenbar erfaßt also die Fiktion des Gesetzes nicht diesen Fall. Folglich ist auf ihn auch nicht der auf der Fiktion beruhende § 365 anwendbar. Vielmehr gibt das Gesetz dem Gläubiger nur dann die Ansprüche aus § 365, wenn „eine Sache, eine Forderung gegen einen Dritten oder ein anderes Recht an Erfüllungsstatt gegeben wird", d. h. wenn ein Angebot des Schuldners vorlag, den Gegenstand dem Gläubiger zu vollem Recht zu übertragen, also das Eigentum an der Sache zu verschaffen, das Recht abzutreten, und der Gläubiger dies Angebot angenommen hat.

Daß § 365 nur beschränkt anwendbar ist, ergibt sich auch aus der Bezugnahme auf die Gewährleistungsvorschriften beim Kauf. Diese Bezugnahme hat die Bedeutung, daß damit angegeben wird, wann die Gewährleistungspflichten ausgelöst werden, nämlich entsprechend wie beim Kauf, wenn die Hingabe an Erfüllungsstatt den Gläubiger nicht zum Eigentümer

---

[1]) Motive II S. 83.
[2]) Oben S. 26 f.;
Vgl. Planck Anm. 3b zu § 306.

gemacht hat, oder das hingegebene Recht entweder gar nicht oder nur einredebehaftet übergegangen ist. Diese Rechtswirkungen — Rechtserwerb, Eigentumsübergang —, an deren Nichteintritt das Gesetz die Gewährleistungspflichten anknüpft, können aber überhaupt nur in Frage kommen, wenn ein dementsprechendes Angebot des Schuldners vorlag, also ein Angebot zu einer Leistung, die Gegenstand eines Kaufvertrages sein kann.

Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß § 365 nur anwendbar ist, wenn die vom Schuldner an Erfüllungsstatt angebotene Leistung in der Übertragung des Eigentums an einer Sache oder in der Abtretung eines — schon bestehenden — Rechtes besteht. Es gibt also zwei Arten von Annahme an Erfüllungsstatt, solche, auf welche § 365 Anwendung findet, und solche, wo dies nicht der Fall ist. Um den Unterschied zwischen beiden klar zu finden, müssen wir uns den geschichtlichen Werdegang der Annahme an Erfüllungsstatt vor Augen halten. Dieses Rechtsinstitut hat seinen Ausgang genommen davon, daß anstelle der geschuldeten Leistung eine andere Sache hingegeben wird[3]). So sprechen die Quellen von einem „in solutum dare“[4]) „pro soluto dare“[5]) „rem pro re solvere“[6]) einmal auch von „nomen in solutum suscipere“[7]), allerdings einmal auch ganz allgemein von „aliud pro alio solvere“[8]). Wenn auch diese letzterwähnte Stelle alle Fälle einer Annahme an Erfüllungsstatt umfaßt, so sind doch in den Quellen nur Fälle behandelt, in denen der zur Befriedigung des Gläubigers dienende Gegenstand schon besteht und nicht erst geschaffen wird. Nur diese Art der Annahme an Erfüllungsstatt ist dann zu einem selbständigen Rechtsgeschäft ausgestaltet worden und nur an sie knüpfen die gemeinrechtlichen Streitfragen an[9]). Die Vorschrift des § 365 ist nur zu dem Zweck gegeben worden, um die Streitfrage, welche Rechte dem Gläubiger im Entwehrungsfall zuständen, im Sinne der einen Meinung abzuschneiden, läßt aber im übrigen das Wesen dieser Annahme an Erfüllungsstatt unberührt. Oben ist dargelegt, daß die Annahme an Erfüllungsstatt, sofern sie den Gläubiger auf Entwehrungsansprüche beschränkt, ein Rechtsgeschäft ist, welches selbständig, ohne Rücksicht auf das zugrundeliegende Schuldverhältnis Ansprüche erzeugt. Diesen Standpunkt hat das BGB., soweit es sich um die im römischen und gemeinen Recht behandelte Annahme an Erfüllungsstatt handelt, beibehalten;

---

3) Kretschmar S. 58.
4) l. 5 D. 16, 1.
5) l. 24 D. 17, 7.
6) l. 1 § 5 D. 13, 5.
7) l. 16 C. 8, 42.
8) Gajus III, 168; l. 2 § 1 D. 12, 1.
9) Vgl. Römer S. 66 f.;
Gruchot i. s. Beitr. Bd. 18 S. 466;
Dernburg, Pandekten Bd. II § 58.

denn durch die Hervorhebung der Entwehrungsansprüche des Gläubigers soll nur ausgedrückt werden, daß ein Zurückgreifen auf das alte Schuldverhältnis ausgeschlossen ist, auch wenn sich die Leistung nachträglich nur als Scheinleistung herausstellt. Das Erlöschen des Schuldverhältnisses tritt also bei der Annahme an Erfüllungsstatt des § 365 im Gegensatz zur Erfüllung schon dann ein, wenn nur diejenigen Handlungen vorgenommen werden, die zum Rechtserwerb des Gläubigers führen können, ohne Rücksicht darauf, ob sie auch wirklich dazu führen. Der Wortlaut des Gesetzes zwingt allerdings nicht zu dieser Auffassung; denn nirgends ist ausgesprochen, daß dem Gläubiger der Rückgriff auf das alte Schuldverhältnis verwehrt sein soll. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich aber, daß man tatsächlich dem Gläubiger nur Gewährleistungsansprüche geben, und ihm das nach der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts zustehende Wahlrecht nehmen wollte. Wenn auch die so geschaffene Lösung keine glückliche ist, so verdient sie doch bei weitem den Vorzug gegenüber der des gemeinen Rechtes, welche den Schuldner allzu ungünstig stellte. Daher ist mit der übereinstimmenden Meinung aller Schriftsteller der Gläubiger im Fall des § 365 auf die Gewährleistungsansprüche zu beschränken.

Es fragt sich nun, wie die Annahme an Erfüllungsstatt zu behandeln ist, die nicht eine Leistung im Sinne des § 365 zum Gegenstand hat. Es sind die Fälle, in denen der Schuldner zu Befriedigungszwecken ein neues Recht für den Gläubiger begründet, sei es, indem er eine neue Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt eingeht oder ein dingliches Recht für den Gläubiger begründet, und die gar nicht seltenen Fälle, daß der Schuldner Dienstleistungen für den Gläubiger verrichtet, um sich von seiner Verbindlichkeit zu befreien: Der mittellose Maler malt Bilder für seinen Vermieter, der arme Student gibt den Kindern des Hauswirts Nachhilfeunterricht. Die letzterwähnten Fälle geben zu Zweifeln kaum Anlaß: Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die vereinbarten Dienste geleistet sind. Sach- oder Rechtsmängel kommen nicht vor, so daß die Frage, ob der Gläubiger evtl. auf das alte Schuldverhältnis zurückgreifen oder nur Gewährleistungsansprüche erheben kann, gar nicht auftaucht.

Anders aber, wenn für den Gläubiger ein Recht an Erfüllungsstatt begründet wurde. Wie ist dann die Rechtslage, wenn das neue Recht gar nicht oder nur mangelhaft zur Entstehung gelangt ist? Geht die zu tilgende Forderung unter oder bleibt sie bestehen? Die Meinungen hierüber sind geteilt. Crome[10]) und Endemann[11]) vertreten die Ansicht, daß die Urforderung auf jeden Fall erlischt, und daß der Gläubiger, wenn

---

[10]) Bd. II § 187 Anm. 20 f.
[11]) Teil 2 § 142 II, 1.

das neu begründete Recht nicht oder nur mangelhaft entsteht, „nach den allgemeinen Vorschriften Gewährleistung verlangen könne“. Danach ist also die Annahme an Erfüllungsstatt auch in diesen Fällen ein selbständiges Rechtsgeschäft, ein Grund — nicht ein bloßes Hilfsgeschäft [12]). Diese beiden Schriftsteller sind von dem römischrechtlichen Gedanken beherrscht, daß die Annahme an Erfüllungsstatt ein gegenseitiger Vertrag ist. Die Vorschrift des § 365 kann aber nicht unmittelbar auf diesen Fall angewandt werden; denn die Leistung des Schuldners ist wesensverschieden von einer jeden, zu der man sich in einem Kaufvertrage verpflichtet. Es bleibt also nichts übrig, als den Grundgedanken des § 365 — Ausgestaltung der Annahme an Erfüllungsstatt zu einem gegenseitigen Vertrag — auf diese Fälle auszudehnen und dann die Vorschriften der §§ 320 ff. auf sie anzuwenden. Das möchte angehen, wenn man den § 365 für wünschenswert hält. Wir sahen jedoch oben, daß diese Vorschrift nur historisch bedingt und keineswegs befriedigend ist, da sie dem Wesen der Annahme an Erfüllungsstatt nicht gerecht wird. Warum soll man nun den Grundgedanken einer Vorschrift, die zu keiner befriedigenden Lösung führt, auf Geschäfte anwenden, für die sie nicht gegeben ist? Richtiger ist es, aus dem Wesen des Rechtsgeschäftes heraus seine rechtlichen Wirkungen abzuleiten: Die Annahme an Erfüllungsstatt ist ein Erfüllungssurrogat, ihr Zweck ist Erfüllung. Dieser solutorische Charakter der Annahme an Erfüllungsstatt ist allgemein anerkannt, doch machen die wenigsten Ernst damit. Auch bei den Verfassern des BGB. war man sich darüber einig, daß die Annahme an Erfüllungsstatt ein solutorisches Geschäft sei. Aber unbewußt übernahm man die damit unvereinbare Lehre des römischen und gemeinen Rechtes [13]). Die Betonung des solutorischen Charakters hat daher hier, wie bei den meisten Schriftstellern „rein dekorative Bedeutung“ [14]). Man brachte sie zwar unter den Titel „Erfüllung“, legte aber einem großen Teil der Fälle ganz andere Wirkungen bei, als der Erfüllung. Der Teil der Fälle aber, dem keine abweichenden Wirkungen ausdrücklich beigelegt sind, ist — entsprechend dem solutorischen Charakter — wie die Erfüllung zu behandeln. Auf unseren Fall angewandt, bedeutet das, daß die Urforderung nicht erlischt, wenn nicht das an Erfüllungsstatt begründete Recht fehlerfrei entsteht [15]); denn auch bei der Erfüllung erlischt das Schuldverhältnis nur, wenn fehlerfrei geleistet wurde. Das

[12]) Stampe, Kausaproblem S. 20.
[13]) Stampe S. 18 f.;
Kretschmar S. 58.
[14]) Stampe a. a. O.
[15]) Planck Anm. 1 zu § 364;
Oertmann Anm. 1 zu § 365;
Staudinger 3./4. Aufl. Anm. 2 zu § 364.

Erlöschen der Urforderung ist also bedingt durch das Entstehen der neuen Forderung. In diesem Zusammenhang taucht die Frage auf, ob etwa auch die Entstehung der neuen Forderung bedingt ist durch das Bestehen der Urforderung, ob also die neue Forderung auch dann entsteht, wenn die zu tilgende Forderung gar nicht bestand. Im römischen und gemeinen Recht haben wir nun Fälle, in denen ein Schuldner seinem Gläubiger eine Leistung verspricht, um durch dieses Versprechen die alte Forderung zum Erlöschen zu bringen, und wo die neue Forderung nicht zur Entstehung gelangt, wenn die alte nicht besteht. Es sind die Fälle der titulierten Novation. Logische Erwägungen führen bei der Annahme an Erfüllungsstatt zum entgegengesetzten Ergebnis: So wie jede Erfüllungshandlung gültig ist, ohne Rücksicht auf das Bestehen der zu tilgenden Forderung und nur gegebenenfalls der Rückforderung unterliegt, so muß auch die Übernahme einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt gültig sein, ob nun die zu tilgende Forderung besteht oder nicht. Äußerlich gleichen sich aber dieser Fall einer Annahme an Erfüllungsstatt und die titulierte Novation. Um die Verschiedenheit der Wirkungen zu erklären, ist es nötig, einen Blick auf des Verhältnis von Annahme an Erfüllungsstatt und Novation zueinander zu werfen.

Im römischen Recht beherrschten beide ganz getrennte Gebiete: Die Novation war die Tilgung einer Forderung durch Begründung einer neuen zwischen denselben Personen (der Fall der Novation zwischen einem Dritten und dem Gläubiger interessiert hier nicht), die datio in solutum die Hingabe eines schon bestehenden Rechtsobjektes zu Erfüllungszwecken. Später wurde aber das Gebiet der Annahme an Erfüllungsstatt ausgedehnt, und die Möglichkeit der Übernahme einer neuen Verbindlichkeit zu Erfüllungszwecken anerkannt. Erst mit Eröffnung dieser Möglichkeit greift die Annahme an Erfüllungsstatt in das Gebiet der Novation hinüber, und zwar in das Gebiet der Erfüllungsnovation. Das ist die Art der Novation, welche in der Absicht abgeschlossen wird, die Urforderung zu tilgen durch Begründung einer neuen Verbindlichkeit, die wegen ihrer leichten Realisierbarkeit oder großen Sicherheit im Verkehr schon wie ein wirkliches Vermögensobjekt betrachtet wird [16]). Immer aber ist bei beiden Schuldtilgungsarten zu berücksichtigen, daß sie eine ganz verschiedene Herkunft haben: Die Annahme an Erfüllungsstatt ist Erfüllungssurrogat: Untergang der Forderung ist bedingt durch gültigen Erfüllungsakt, Gültigkeit des Erfüllungsaktes ist nicht bedingt durch Gültigkeit der Urforderung, die Erfüllungsnovation ist aber, wie jede Novation, „prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio,

---

[16]) Berndorff S. 53;
Kretschmar S. 61.

hoc et cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur" [17]). Formell wird also eine neue — abstrakte [18]) — Forderung begründet, um die alte zu tilgen, genau wie bei der datio in solutum; wirtschaftlich ist sie aber nur eine „transfusio atque translatio", eine Fortsetzung des Kreditverhältnisses, und diesem Gedanken ist bei der Erfüllungsnovation Rechnung zu tragen: Erlöschen der Urforderung ist abhängig vom Entstehen der neuen, deren Entstehung abhängig vom Bestehen der Urforderung. Dieser Unterschied zwischen Annahme und Erfüllungsstatt und Novation wird aber beseitigt bei der sogenannten reinen Novation. Hier ist die novierende Forderung vollkommen abstrakt, d. h. es wird überhaupt nicht auf die Urforderung Bezug genommen. Daher ist auch die Entstehung der neuen Forderung nicht abhängig von der Gültigkeit der alten. Diese Art der Novation stimmt also völlig mit der Annahme an Erfüllungsstatt durch Übernahme einer neuen Verbindlichkeit überein, ursprünglich getrennte Gebiete beherrschend, haben sich Novation und datio in solutum insoweit vereinigt [19]). Die Novation selbst ist im BGB. nicht erwähnt, da man ihre Zwecke anderweit erreicht glaubte. Die Motive [20]) erwähnen aber selbst den Fall der Eingehung einer novierenden Wechselverpflichtung zwischen denselben Parteien, bezeichnen ihn als Novation und unterstellen ihn ohne weitere Begründung den Vorschriften über die Annahme an Erfüllungsstatt. Daß die Motive gerade dieses Beispiel wählen, zeigt, daß der Gedanke der Gleichheit von Annahme an Erfüllungsstatt und Novation nur bei der reinen Erfüllungsnovation auftauchen kann. Zu weit geht daher einerseits Endemann, wenn er schlechthin Annahme an Erfüllungsstatt durch Übernahme einer neuen Verbindlichkeit und Novation einander gleichstellt [21]), andererseits Dernburg, der die Möglichkeit einer Übereinstimmung der beiden Rechtsgeschäfte überhaupt leugnet [22]).

Aus dieser Betrachtung des Verhältnisses von Novation und Annahme an Erfüllungsstatt zueinander ergibt sich, daß die an Erfüllungsstatt übernommene neue Verbindlichkeit nur eine abstrakte sein kann. Denn, wenn sie eine kausale wäre, könnte es sich nur um die Kausa des Grundgeschäftes handeln; dann liegt aber eine titulierte Erfüllungsnovation vor

---

17) l. 1 D. 46, 2.
18) Enneccerus I, 2 § 288 I.
19) Kretschmar S. 64;
Berndorff S. 54, der aber die Erfüllungsnovation schlechthin der Annahme an Erfüllungsstatt gleichstellt, ohne einen Unterschied zwischen reiner und titulierter zu machen.
Ähnlich wie hier Planck Anm. 3 zu § 364;
Enneccerus I, 2 § 298 III A u. B.
20) Motive II S. 78.
21) § 142 II, 1.
22) § 119 II.

und keine Annahme an Erfüllungsstatt. Eine andere Kausa kann aber die an Erfüllungsstatt übernommene Verpflichtung nicht haben: Ich kann nicht eine Verpflichtung aus Kauf, Darlehn usw. an Erfüllungsstatt übernehmen, ohne daß ein Kauf oder Darlehn vorliegt. Die neue Verpflichtung kann vielmehr nur ihren unmittelbaren Rechtsgrund in sich selber tragen, m. a. W. sie ist abstrakt[23]).

Eine gänzlich von Novation und Annahme an Erfüllungsstatt verschiedene Art des Schulderlöschens ist der Fall des § 607 Abs. 2 Danach kann derjenige, welcher einem anderen vertretbare Sachen aus irgendeinem Grunde schuldet, mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sache als Darlehn geschuldet werden soll. Diese Vereinbarung ist die Begründung eines wirklichen Darlehns zwischen den Parteien und damit verbunden ein Erlaß der alten Forderung. Erlaß und Neubegründung stehen im engsten Verhältnis: Das Darlehn ist ein Realkontrakt, d. h. eine klagbare Verpflichtung entsteht erst, wenn eine Leistung von seiten einer Partei erfolgt ist. Diese Leistung besteht regelmäßig in der Hingabe von Geld oder anderen vertretbaren Sachen seitens des Gläubigers. Im Falle des § 607 Abs. 2 ist aber diese Leistung von besonderer Art: Nicht vertretbare Sachen werden hingegeben, sondern es wird etwas geleistet, was dem wirtschaftlich gleichsteht: Eine auf Geld oder andere vertretbare Sachen gerichtete Forderung wird erlassen. Dieser Erlaß vertritt die Stelle der Hingabe von Geld usw. zu Darlehnszwecken. Die neu entstehende Forderung ist also eine wirkliche Darlehnsforderung, nicht nur die alte Forderung inhaltlich nach Darlehnsgrundsätzen gewandelt[24]), auch keine neu übernommene abstrakte Verbindlichkeit. Praktisch ist das wichtig einmal, weil nun für die Darlehnsforderung eine ganz neue dreißigjährige Verjährungsfrist beginnt, zum anderen, weil das Entstehen der Dahrlehnsforderung abhängig ist von der Gültigkeit der Urforderung: Wenn diese nicht bestand, so konnte auch kein Erlaß erfolgen; fehlte es aber an diesem, so liegt auch keine Leistung vor, die eine Dahrlehnsforderung begründen könnte.

Wir sahen oben, daß es zwei Arten von Annahme an Erfüllungsstatt gibt. Im Gesetz ist der Unterschied zwischen den beiden Arten nicht hervorgehoben und auch die Gesetzesmaterialien erwähnen ihn nicht ausdrücklich. Dennoch ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ein solcher Unterschied: § 364 spricht von der Annahme einer anderen als der geschuldeten „Leistung“, § 365 nur davon, daß eine Sache, eine Forderung

---

[23]) Schöninger, Leistungsgeschäfte S. 276.

[24]) Clausen S. 34 ff.

Oertmann Anm. 2 zu § 607 stimmt mit dem hier Gesagten insoweit überein, als er die neue Forderung für eine wahre Darlehnsforderung ansieht, als begründende Leistung aber nicht den Erlaß der Urforderung betrachtet, sondern eine „fingierte duplex numeratio“.

usw. „an Erfüllungsstatt gegeben“ wird. Durch das Wort „Leistung“ ist angedeutet, daß, wie bei der Erfüllung, wirklich etwas geleistet, d. h. der Gläubiger tatsächlich in sein Vermögen etwas hineinbekommen muß, damit die Schuldtilgung eintrete. Wenn aber eine Sache nur an Erfüllungsstatt „gegeben“ wird, so ist damit nur gesagt, daß eine Übergabe zu Übereignungszwecken erfolgt ist, ohne daß feststeht, ob diese Sache dem Gläubiger auch „geleistet“, d. h. seinem Vermögen dauernd einverleibt ist. Sicherlich hat der Gesetzgeber bei der Abfassung nicht bewußt an diesen Unterschied gedacht, aber der verschiedene Wortgebrauch in §§ 364 und 365 zeigt, daß doch unbewußt die Verfasser des BGB. einen Unterschied zwischen den beiden Arten einer Annahme an Erfüllungsstatt herausgefühlt haben[25]. Auch aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich, daß man sich bewußt war, daß § 365 nicht alle Fälle decke. So heißt es in den Motiven[26]: „Der § 736 Abs. 1 ZPO. (heutiger § 835) oder seine Auslegung wird durch diese Bestimmung des Entwurfes (nämlich über die Gewährleistungspflicht) nicht berührt.“ Warum sie nicht berührt wird, sagen die Motive nicht. Es kann aber nur so erklärt werden, daß § 365 überall dort keine Anwendung findet, wo es an einer Grundlage für die gesetzliche Fiktion oder an einem Tatbestand fehlt, der eine äußere Ähnlichkeit mit einem Kaufvertrag hat. Das ist bei § 835 ZPO. der Fall. Denn man kann nicht sagen, daß der Schuldner, aus dessen Vermögen durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluß eine Forderung zwangsweise genommen wird, ein stillschweigendes Garantieversprechen für das Bestehen der Forderung übernimmt. Dasselbe muß aber auch für alle anderen Fälle gelten, wo die Tatsachen der Annahme eines Gewährleistungsversprechens entgegenstehen, vor allem also in den Fällen einer einseitigen Annahme an Erfüllungsstatt seitens des Gläubigers[27]. Alle diese Fälle werden durch § 365 nicht betroffen, es wird keine Gewährleistungspflicht ausgelöst, es tritt aber auch kein Erlöschen der Forderung ein, wenn nicht das an Erfüllungsstatt Genommene wirklich und dauernd in das Vermögen des Gläubigers übergeht. Das ergibt sich, wie oben gesagt, aus dem Wesen der Annahme an Erfüllungsstatt als eines solutorischen Geschäftes. Für den Fall der Zwangsüberweisung von Forderungen ist es ausdrücklich in § 835 Abs. 2 ZPO. ausgesprochen. Die Regelung ergäbe sich zwar schon aus dem Wesen der Sache,

---

[25] Dasselbe meint offenbar auch Oertmann, wenn er in Anm. 1 zu § 365 sagt: „§ 365 handelt von der eigentlichen Hingabe, nicht von dem Versprechen an Erfüllungsstatt: Für eine übernommene neue Verbindlichkeit haftet der Schuldner nach den gewöhnlichen Grundsätzen. War sie nicht gültig übernommen, so ist nichts geleistet, also auch die Schuld nicht erloschen.“

[26] Motive II S. 83.

[27] Oben S. 36 ff.

war aber doch nötig, da es nicht an Meinungen fehlt, die den Grundgedanken des § 365 auf alle Fälle der Annahme an Erfüllungsstatt ausdehnen wollen. Immerhin ist die Vorschrift des § 835 eine Bestätigung unserer Ansicht.

§ 13.

Die Gewährleistungspflichten bei der Annahme an Erfüllungsstatt des § 365 BGB.

Für die Annahme an Erfüllungsstatt, auf welche § 365 Anwendung findet, ist in dieser Vorschrift bestimmt: „Wird eine Sache, eine Forderung gegen einen Dritten oder ein anderes Recht an Erfüllungsstatt gegeben, so hat der Schuldner wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten.“ Fast übereinstimmend findet sich hierzu in der Literatur die Bemerkung, daß § 365 dem Gläubiger Ansprüche gegen den Schuldner „wie gegen einen Verkäufer“ gäbe, insbesondere den Anspruch aus § 433 Abs. 1 [1]). Bei dieser Folgerung wird Erfüllungs- und Gewährleistungsanspruch einander gleichgesetzt. Das ist aber nicht richtig; Gewähr leisten müssen heißt, einstehen müssen für das Nichterfüllen. Bei der Erfüllung ist für den Fall, daß die vom Schuldner gemachte Leistung nur eine Scheinleistung oder mit Mängeln behaftet war, bei jedem Schuldverhältnis bestimmt, welche Ansprüche der Gläubiger infolge der Mangelhaftigkeit hat (§§ 437, 440, 445, 462, 515, 523, 524 usw.). Die hiernach dem Gläubiger zustehenden Rechte gründen auf das zwischen den Parteien bestehende Schuldverhältnis. Sie bestehen selbständig neben dem Anspruch auf Erfüllung, sie geben keinen Erfüllungsanspruch, sondern nur Rechte für den Fall nicht ordnungsmäßiger Erfüllung, Rechte auf Wandelung, Minderung, Schadenersatz usw. Der Schuldner wird ungünstiger gestellt, wenn er nicht vertragsgemäß erfüllt, er hat dafür einzustehen. Dies ist das Wesen der sogenannten Gewährleistungsansprüche [2]). Sie gründen sich ebenso wie der

[1]) Staudinger Anm. 2a zu § 365;
Oertmann Anm. 2 zu § 365.
Berndorff S. 83;
Rehbein Anm. 28 zu §§ 362 ff.;
Schollmeyer Anm. 2a zu § 365;
Dernburg, Schuldverhältnisse § 118 III;
Endemann, Lehrb. § 142 Anm. 7;
van Koolwyk S. 37;
Fehr S. 36.
Abw. Planck Anm. 1 zu § 365.
Enneccerus I, 2 § 288, 1.

[2]) Siber; Rechtszwang S. 166;
Planck Vorbem. I, 5 c zu §§ 275 ff.
Schollmeyer in JheringsJb. Bd. 49 S. 93;
Schloßmann ebenda Bd. 45 S. 113.

Leistungsanspruch auf das zwischen den Parteien bestehende Schuldverhältnis [3]), dürfen aber nicht mit ihm verwechselt werden. Das Gesetz trennt allerdings nicht immer scharf zwischen beiden [4]). So spricht § 523 von der „für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers geltenden Vorschrift des § 433 Abs. 1". Gerade beim Kaufvertrag ist aber scharf zwischen beiden Arten von Ansprüchen zu scheiden [5]). Das ergibt sich einmal aus der Vorschrift des § 437. Der Kaufvertrag über eine gar nicht bestehende Forderung ist hiernach gültig. Der Anspruch auf Erfüllung ist gegenstandslos. Aus dieser Gegenstandslosigkeit wurde im gemeinen Recht vielfach die Nichtigkeit eines solchen Kaufvertrages gefolgert [6]). In der Tat wäre der Vertrag auch nach heutigem Recht (§ 306) nichtig, wenn sich nicht aus § 437 zweifelsfrei ergäbe, daß das Gesetz ihn als gültig betrachtet [7]). Eine Erfüllungspflicht begründet aber der Vertrag nicht — denn Erfüllung ist ja unmöglich —, sondern nur einen Gewährleistungsanspruch; dieser gründet sich auf das mit dem Abschluß vom Verkäufer übernommene Garantieversprechen [8]). Bemerkenswert ist hierbei, daß die Gewährleistungsansprüche selbständig für sich bestehen und das Vorliegen eines gültigen Erfüllungsanspruches nicht voraussetzen.

Einen ähnlichen Fall des selbständigen Bestehens von Gewährleistungsansprüchen haben wir, wenn jemand eine fremde abhandengekommene Sache unwissend, daß sie fremd ist, als eigene verkauft: Er verpflichtet sich, dem Verkäufer das „Eigentum an der Sache zu verschaffen" (§ 433). Mit Recht weist Schloßmann [9]) darauf hin, daß sich strenggenommen niemand dazu verpflichten kann, Eigentum zu übertragen. Denn dazu gehört nicht nur eine Tätigkeit des Verpflichteten, sondern auch das Vorliegen von Tatsachen, die nicht im Machtbereich des Verpflichteten liegen, z. B. u. U. guter Glaube des Erwerbers, Nichtabhandengekommensein der Sache usw. Wirklich verpflichten — d. h. so, daß durch Zwangsvollstreckung der Schuldner dazu angehalten oder seine Handlung ersetzt werden kann,

---

3) Schollmeyer a. a. O.
Max Wolff in JheringsJb. Bd. 56 S. 2 u. 6.

4) Planck Anm. I zu § 365.

5) Siber, Rechtszwang S. 165;
Schloßmann in JheringsJb. Bd. 45 S. 110f.

6) Bendix in Arch. f. bürg. Recht Bd. 32 S. 328.

7) Bendix a. a. O. S. 329;
Oertmann Anm. 1a zu § 437;
Protokolle II S. 1343;
Staudinger Anm. I 1a zu § 437;
RG. in JurW. 1908 S. 448f.

8) Staudinger a. a. O.;
RG. a. a. O.

9) In JheringsJb. Bd. 45 S. 109f.

kann man sich nur zu den Handlungen, die zur Eigentumsübertragung führen würden, wenn dem Verkäufer das Eigentum zustände, im Regelfalle also zur Übergabe und Übertragungserklärung [10]). Dem entspricht auch ganz die Art und Weise der Zwangsvollstreckung: Die Übergabe wird ersetzt durch Wegnahme seitens des Gerichtsvollziehers (§ 897 ZPO.), die Übertragungserklärung durch Rechtskraft des Urteils (§ 894 ZPO.). Nicht aber kann der Verkäufer einer fremden Sache dazu angehalten werden, die Genehmigung des Dritteigentümers zu der erfolgten Veräußerung beizubringen [11]). Dennoch ist es nicht ohne Bedeutung, daß der Verkäufer zur Eigentumsübertragung verpflichtet ist. Zeigt es sich nämlich, daß er zur Rechtsverschaffung unfähig ist, so hat er für den Nichteintritt des Rechtserfolges einzustehen, er hat Garantie, Gewähr zu leisten. Diese Gewährleistungsansprüche bestehen im angenommenen Fall von vorneherein, während ein realisierbarer Erfüllungsanspruch nicht besteht [12]).

Noch deutlicher tritt die Verschiedenheit von Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüchen bei der Haftung des Verkäufers für Sachmängel beim Specieskauf zutage. Wenn ich eine fehlerhafte Sache verkaufe, so bin ich verpflichtet, diese Sache — mit ihren Fehlern — zu übertragen. Nicht etwa bin ich verpflichtet, die Sache fehlerfrei zu übertragen [13]). Das ergibt sich aus folgender Erwägung: Verkaufe ich eine Sache, so ist sie entweder fehlerhaft im Sinn der §§ 459 ff. oder sie ist es nicht. Nimmt man nun an, der Verkäufer sei zur Leistung einer fehlerfreien Sache verpflichtet, die Mängel der verkauften Sache seien aber unbehebbar, so wäre der Kaufvertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet und nichtig (§ 306). Gewährleistungsansprüche könnten also gar nicht entstehen, da sie sich auf den Vertrag gründen. Das ist aber sicher nicht die Absicht des Gesetzes, da sonst in den meisten Fällen keine Gewährleistungsansprüche beständen. Auch gibt das Gesetz im Gegensatz zum Werkvertrag dem Käufer keinen Ausbesserungsanspruch [14]).

Hieraus ergibt sich, das Gewährleistungsansprüche einen Anspruch nicht voraussetzen, geschweige denn einen solchen begründen. So kann man

---

[10]) Siber, Rechtszwang S. 167 f.;
Schloßmann a. a. O. S. 103.

[11]) Schloßmann S. 100;
Oertmann Anm. 2a zu § 433.

[12]) Siber, Rechtszwang S. 168.

[13]) Schollmeyer in IheringsJb. Bd. 49 S. 97;
v. Blume ebenda Bd. 55 S. 212 u. 228;
Oertmann Anm. 2a zu § 433;
Max Wolff in IheringsJb. Bd. 56 S. 2 ff.
And. M. die bei Oertmann a. a. O. zitierten; doch hat Dernburg seine früher abweichende Ansicht in der 3. Aufl. geändert. Vgl. Schuldverhältnisse § 184 I.

[14]) Oertmann Anm. 2a $\beta\beta$ zu § 433.

auch aus § 365 nicht folgern, daß der Schuldner aus der Hingabe an Erfüllungsstatt zur Eigentumsübertragung verpflichtet sei. Vielmehr läßt sich aus dieser Vorschrift nur entnehmen, daß dem Gläubiger die Rechte aus § 440 in Verbindung mit §§ 320 ff. bezw. aus § 462, 463 zustehen, sofern die Annahme an Erfüllungsstatt ihn nicht zum Eigentümer macht oder ihm nur eine mangelhafte Sache verschafft. Nur mittelbar läßt sich von einem Zwang zur Eigentumsübertragung reden, indem nämlich der Schuldner Eigentum verschaffen muß, wenn er die Entwehrungsansprüche von sich abhalten will.

Dies Ergebnis entspricht durchaus der geschichtlichen Entwicklung: Wie oben ausgeführt, gab das römische und gemeine Recht dem Gläubiger, welchem die an Erfüllungsstatt gegebene Sache entwehrt worden war, nebeneinander den Anspruch aus dem alten Schuldverhältnis und Eviktionsansprüche wie gegen einen Verkäufer. Nur mit diesem Wahlrecht des Gläubigers will das Gesetz brechen, indem es den Gläubiger auf die Eviktionsansprüche beschränkt [15]). Die Eviktionsansprüche bestehen aber bereits im römischen Recht selbständig neben dem Erfüllungsanspruch, ebenso wie die Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängeln (vgl. insbesondere l. 31 D. 21, 2). Charakteristisch ist auch, daß die ebenerwähnte Stelle als inneren Grund für die Gewährleistungsansprüche beim Kauf ein Garantieversprechen des Schuldners annimmt [16]), und daß zur Rechtfertigung der gleichen Ansprüche des Gläubigers bei der Annahme an Erfüllungsstatt ebenfalls auf ein solches Garantieversprechen zurückgegriffen wird [17]).

Es besteht auch gar kein Bedürfnis, den Schuldner aus der Hingabe an Erfüllungsstatt zur Eigentumsübertragung oder Rechtsverschaffung zu verpflichten. Denn die Nachteile, die ihm drohen, wenn seine Leistung mangelhaft war, sind groß genug, um ihn zur ordnungsgemäßen Lieferung anzuhalten. Die Gewährleistungsansprüche sind dem Schuldner bedeutend lästiger, als die Pflicht, dem Gläubiger das Recht zu verschaffen [18]). Vor allem trifft dies zu, wenn der Schuldner Schadensersatz leisten soll. Das erkennt auch das Gesetz an, indem es in § 440 Abs. 2 Schadensersatzpflichten dem Verkäufer nur unter bestimmten Voraussetzungen, die Erfüllungspflicht aber immer auferlegt. Der indirekte Zwang zur Rechtsverschaffung schützt mithin den Gläubiger ebensogut, als wenn man ihm unmittelbar aus der Annahme an Erfüllungsstatt einen Anspruch auf Eigentumsübertragung gäbe; denn jeder Schuldner wird sich bemühen, diese Ansprüche nicht ent-

---

15) Motive II S. 83;
Protokolle II S. 671.

16) Vgl. auch Schloßmann in IheringsJb. Bd. 45 S. 110

17) Windscheid, Pandekten § 342 Anm. 14;
Motive II S. 83.

18) Siber, Rechtszwang S. 167.

stehen zu lassen, d. h. das volle Recht, so wie er es angeboten hat, zu verschaffen.

Gegen die hier vertretene Auffassung könnte allerdings sprechen, daß § 365 einfach davon redet, daß der Schuldner „in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten" habe. Damit ist — soweit es sich um Rechtsmängel handelt — auf § 440 verwiesen. In dieser Vorschrift sind die §§ 320—327 für anwendbar erklärt, falls der Verkäufer die ihm nach §§ 433—437, 439 obliegenden Verpflichtungen nicht erfüllt. Doch ist man keineswegs gezwungen, das Bestehen einer Verpflichtung anzunehmen, um §§ 320 ff. anwenden zu können. Die richtige Art der Anwendung ergibt sich vielmehr aus dem Wesen der Gewährleistungspflichten: Der Schuldner unterwirft sich gewissen Rechtsnachteilen, wenn die von ihm vorgenommene Rechtshandlung nicht den Erfolg hat, dem Gläubiger uneingeschränktes Recht zu verschaffen. Der Nichterfolg löst also die Gewährungsleistungspflichten aus[19]), nicht die Nichterfüllung bestehender Pflichten. Die Verweisung auf §§ 320 ff. stellt nur den Inhalt der Gewährleistungspflicht des Schuldners fest. Die Verweisung von § 365 auf § 440 gibt die Voraussetzungen an, unter denen der Schuldner Gewähr zu leisten hat: Dann nämlich, wenn nicht der Rechtserfolg eingetreten ist, zu dem sich der Schuldner in einem Kaufvertrag über den Gegenstand der Annahme an Erfüllungsstatt verpflichtet, d. i. bei Sachen der Gläubiger nicht Eigentümer geworden ist, bei Rechten nicht das Recht erworben hat. Die Schwierigkeit liegt nur darin, daß die §§ 320 ff. auf eine Verpflichtung des Schuldners Bezug nehmen, auf deren Erfüllung geklagt werden kann. Am deutlichsten tritt dies hervor bei § 326: Hier muß der Schuldner in Verzug sein, außerdem muß ihm eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung gesetzt werden, dann erst kann der Gläubiger Schadensersatz verlangen oder zurücktreten. Doch ist diese Vorschrift auch unter dem Gesichtspunkt anwendbar, daß der Schuldner nicht eine Leistung zu bewirken, sondern nur für einen Erfolg einzustehen hat. Der Anwendung stehen dann keine Schwierigkeiten entgegen: Im „Verzug" ist der Schuldner, wenn der Zeitpunkt, zu welchem der versprochene Erfolg eingetreten sein sollte, schon herangekommen, der Erfolg aber infolge eines Umstandes, welchen der Schuldner zu vertreten hat, ausgeblieben, auch eine Mahnung fruchtlos geblieben ist. Die Setzung der Frist des § 326 rechtfertigt sich aus denselben Gründen wie bei gegenseitigen Verträgen, wo auf Leistung geklagt werden kann: Soweit es mit den Interessen des Gläubigers vereinbar ist (vgl. Abs. 2), soll dem Schuldner noch eine letzte Frist offenstehen, in der er versuchen kann, sich durch Herstellung des Erfolges vor den Nachteilen des § 326 zu

---

[19]) Schloßmann in IheringsJb. Bd. 45 S. 116.

bewahren[20]). Daß die Vorschriften der §§ 320 ff. auf die Annahme an Erfüllungsstatt nur entsprechend anwendbar sind, spricht nicht gegen unsere Auffassung. Denn wörtlich sind sie überhaupt nicht anwendbar: So sprechen §§ 323—325 davon, daß die Leistung unmöglich wird, gehen also davon aus, daß sich jemand zu einer im Zeitpunkt der Verpflichtung möglichen Leistung verpflichtet hat, und daß erst nach Abschluß des Vertrages die Leistung unmöglich wird. Das trifft bei der Annahme an Erfüllungsstatt, selbst wenn man mit der herrschenden Lehre annimmt, daß sie eine Verpflichtung des Schuldners zur Rechtsverschaffung begründe, niemals zu: Die Verpflichtung entsteht erst im Zeitpunkt der vollzogenen Annahme an Erfüllungsstatt, d. h. des Übereignungsaktes mit Tilgungsbestimmung. Zu diesem Zeitpunkt war aber die Leistung dem Schuldner bereits unmöglich, denn sonst hätte ja die Annahme an Erfüllungstatt zum Rechtserwerb des Gläubigers geführt. M. a. W. die Unmöglichkeit bei der Annahme an Erfüllungsstatt ist stets eine ursprüngliche, es finden aber auf sie die Vorschriften über nachträgliche Unmöglichkeit Anwendung. Eine unmittelbare Anwendung der §§ 320 ff. auf die Annahme an Erfüllungsstatt gibt es deshalb nicht, auch wenn man sich der herrschenden Meinung anschließt.

A. Gewährleistung wegen Rechtsmängeln.

Bei der Annahme an Erfüllungsstatt des § 365 hat der Schuldner für Sach- und Rechtsmängel wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten. Wie wir eben sahen, bekommt der Gläubiger nicht Rechte wie gegen einen Verkäufer, sondern nur die Ansprüche aus §§ 320—327, falls durch die Annahme an Erfüllungsstatt nicht der Rechtserfolg herbeigeführt wird, zu dem der Verkäufer eines Gegenstandes verpflichtet ist. Welcher Rechtserfolg eintreten muß, ergibt sich aus §§ 433 ff. Wenn eine Sache an Erfüllungstatt gegeben wird, so muß dem Gläubiger diese übergeben und das Eigentum daran verschafft werden (§ 433). Die Sache muß frei von Rechten Dritter sein, die gegen den Gläubiger geltend gemacht werden können (§ 434), ist es ein Grundstück, so dürfen nicht Rechte im Grundbuch eingetragen stehen, die in Wirklichkeit nicht bestehen, im Falle ihres Bestehens aber das Recht des Gläubigers beeinträchtigen würden (§ 435). Wird eine Forderung oder ein sonstiges Recht an Erfüllungsstatt gegeben, so tritt die Gewährleistungspflicht ein, wenn das Recht nicht besteht. Besteht das Recht zwar, führt aber infolge Zahlungsunfähigkeit des Drittschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers, so trifft den Schuldner nur dann die Gewährleistungspflicht, wenn er sie ausdrücklich für diesen Fall übernommen hat (§§ 437, 438). Hat aber der Schuldner,

[20]) Schloßmann a. a. O. S. 117 f.

wie das bei der Annahme an Erfüllungsstatt nicht selten ist, die Haftung für die Güte der abgetretenen Forderung „bis zur vollständigen Befriedigung des Zessionars“ übernommen, so haftet er dementsprechend über den Rahmen von § 438 hinaus [21]). Der Fall der Forderungsabtretung erfordert besondere Beachtung, da, wenn eine nichtbestehende Forderung an Erfüllungsstatt abgetreten worden ist, dem Gläubiger rechtlich nichts geleistet, ein gegenstandsloses Geschäft geschlossen ist. Dennoch ist es kraft der positiven Vorschrift des § 437 gültig. Diese Gültigkeit wird aber auf den Fall zu beschränken sein, daß eine Forderung oder ein Recht abgetreten wurde, welches rechtlich möglich ist. Denn die Haftung des Schuldners wird aus einem Garantieversprechen hergeleitet. Ein solches kann aber nur für eine rechtlich mögliche Leistung abgegeben werden (vgl. § 307, insbesondere Abs. 1 Satz 2). Daher ist richtiger Ansicht nach die Annahme an Erfüllungsstatt nichtig, wenn eine Forderung abgetreten wurde, die rechtlich überhaupt nicht zur Entstehung kommen kann [22]).

Tritt eine der in §§ 433 ff. genannten Rechtsfolgen nicht ein, so wird die Gewährleistungspflicht des Schuldners ausgelöst, es sei denn, daß der Gläubiger den Mangel schon bei der Annahme kannte (§ 439). Der Inhalt der Gewährleistungspflicht bestimmt sich nach den §§ 320—327, modifiziert durch § 440 Abs. 2—4. Die §§ 320—322 können allerdings keine Anwendung finden, da die „Gegenleistung“ des Gläubigers schon gemacht, die Forderung erloschen ist [23]). Im übrigen ist zu unterscheiden: Ist der Erfolg nicht eingetreten infolge eines Umstandes, den weder der Schuldner noch der Gläubiger zu vertreten hat, so kann der Gläubiger das von ihm Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern (§ 323). Über die praktische Durchführung dieses Anspruches herrscht große Meinungsverschiedenheit. Viele Schriftsteller [24]) vertreten die Ansicht, daß „an sich“ der Schuldner dem Gläubiger zur Wiederherstellung des Forderungsrechtes verpflichtet sei,

---

[21]) RG. vom 16. 2. 1903 in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 639.
Staudinger Anm. 8 zu § 438.

[22]) Staudinger I, 5 z §u 437;
Oertmann Anm. 3 zu § 437;
Bendix in Arch. f. bürg. Recht Bd. 32 S. 329;
RG. im JurW. 1908 S. 448f.

[23]) Planck Anm. 1 zu § 365;
Quander S. 63;
van Koolwyk S. 37.

[24]) Berndorff S. 89f.;
Oertmann Anm. 3 zu § 365;
Schollmeyer, Schuldverhältnisse S. 283f.;
Quander S. 65f.

daß er aber zu dieser Rückgewähr des Erhaltenen außerstande sei; denn die alte Forderung habe einen bestimmten Rechtsgrund gehabt, sei Kauf-, Tausch-, Darlehens- oder Deliktsforderung gewesen. Den Abschluß eines neuen Kauf- usw. vertrages oder die Begründung einer neuen Forderung aus Delikt könne man aber nicht verlangen. Höchstens könne der Schuldner sich abstrakt zu der gleichen Leistung verpflichten, zu der er ursprünglich aus der Urforderung verpflichtet war. Das sei aber dann nicht Wiederherstellung der alten Verbindlichkeit. Somit sei dem Schuldner überhaupt die Rückgewähr des Empfangenen unmöglich, und der Schuldner gemäß § 818 Abs. 2 nur zum Ersatz des Wertes der Forderung verpflichtet. Dagegen läßt sich aber geltendmachen: Zweck der Vorschrift des § 323 Abs. 2 ist, den Gläubiger wieder so zu stellen, als ob er seine Leistung nicht gemacht habe. Wenn er also den auf Kaufvertrag beruhenden Anspruch auf ein bestimmtes Pferd infolge einer Annahme an Erfüllungsstatt aufgegeben hat, so ist ihm schon damit gedient, wenn er den Anspruch auf dieses Pferd wiederbekommt. Ob dieser Anspruch auf Kaufvertrag oder auf einer abstrakten Verpflichtung beruht, ist dem Gläubiger gleichgültig, sofern er ihm nur dieselben Rechte gewährt. Nicht auf die Identität der Ansprüche komme es an, sondern auf die Inhaltsgleichheit, und diese kann regelmäßig erreicht werden, es sei denn, daß das zu leistende Objekt untergegangen ist, oder die Leistung dem Schuldner aus einem anderen Grunde unmöglich ist. Nur im letzteren Fall ist der Schuldner zur Herausgabe des Empfangenen außerstande und zum Werterſatz verpflichtet [25]). Die hier vertretene Ansicht entspricht auch besser den Interessen beider Parteien: Meistens ist dem Gläubiger gerade daran gelegen, das ursprünglich Geschuldete zu bekommen, wenn das an Erfüllungsstatt Gegebene nicht in sein Vermögen übergegangen ist; in vielen Fällen leistet der Schuldner lieber das, wozu er aus der alten Forderung verpflichtet ist, als Geldersatz [26]).

Wenn Pfänder oder Bürgschaften für die Urforderung bestellt waren, so ist der Schuldner auch zu deren Wiederherstellung verpflichtet. Hier wird allerdings die Wiederherstellung dem Schuldner häufig unmöglich sein, dann nämlich, wenn das Pfand von einem Dritten bestellt war, und der Dritte oder der Bürge nicht wieder zur Sicherheitsleistung bereit sind. Dann kann der Gläubiger insofern Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 verlangen. Das ist allerdings ungünstig für den Gläubiger, wenn sich der Schuldner in schlechten Vermögensverhältnissen befindet. Doch hat sich

---

[25]) Planck Anm. 1 zu § 365;
Staudinger Anm. 2a zu § 365;
RGRKom. Anm. 1b zu § 365;
Enneccerus I, 2 § 288, 1a;
van Koolwyk S. 39.

[26]) Quander S. 65.

der Gläubiger diesen Schaden selbst zuzuschreiben; er brauchte ja nicht an Erfüllungsstatt anzunehmen und damit Pfänder und Bürgen freizugeben [27]). Die Schwierigkeit der prozessualen Durchführung der hier vertretenen Ansicht ist nicht so groß, wie Berndorff [28] annimmt. Denn der Gläubiger kann mit der Klage auf Wiederherstellung der früheren Forderung die Klage auf Leistung aus der wiederhergestellten Forderung verbinden [29]).

Wenn der Schuldner den Umstand zu vertreten hat, der den uneingeschränkten Rechtserwerb des Gläubigers hinderte, so stehen dem Gläubiger die Rechte aus §§ 325, 326 zu. Er hat also ein dreifaches Wahlrecht:

1. Er kann wie im Fall des § 323 Wiederherstellung seiner Forderung verlangen.
2. Er kann von der Annahme an Erfüllungsstatt zurücktreten.
3. Er kann Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Es ist jedoch bei Anwendung des § 326 darauf zu achten, daß von einem Verzug im technischen Sinn keine Rede ist, da ja keine Verpflichtung des Schuldners aus der Annahme an Erfüllungsstatt zur Rechtsverschaffung besteht. Die analoge Anwendung rechtfertigt sich aber aus den oben [30]) genannten Gründen. Am einfachsten gestaltet sich die Rechtslage, wenn der Gläubiger Schadensersatz verlangt. Will er dagegen vom Vertrage zurücktreten, so taucht wieder die oben eröterte Streitfrage auf, ob er gemäß § 346 Wiederherstellung seiner Forderung verlangen kann oder ob er von vornherein die Rechte aus § 347 ausüben muß. Wie oben, so ist auch hier im Sinne der ersteren Meinung zu entscheiden. Berndorff, Schollmeyer u. a. m. gehen auch hier davon aus, daß dem Schuldner die Rückgewähr der erloschenen Forderung unmöglich sei und geben daher dem Gläubiger einen Schadenersatzanspruch aus §§ 347, 987. Damit wird aber der Schuldner zu ungünstig gestellt: Dafür, daß aus einem von ihm zu vertretenden Grunde kein Rechtserwerb des Gläubigers eingetreten ist, erleidet er den Rechtsnachteil, daß der Gläubiger von der Annahme an Erfüllungsstatt zurücktreten kann. Das ist aber auch der ganze Nachteil, den das Gesetz über ihn verhängt; will der Gläubiger mehr haben, so mag er Schadensersatz verlangen, wenn die Voraussetzungen des § 440 Abs. 2/4 vorliegen. Wie oben gesagt, ist der Schuldner im Fall des Rücktritts regelmäßig zur Rückgewähr einer inhaltsgleichen Forderung fähig. Ist er es nicht, so muß unterschieden werden, ob er die Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht. Im ersteren Fall ist er ersatz-

---

27) Planck Anm. 1 zu § 365;
van Koolwyk S. 40.

28) S. 90.

29) Enneccerus I, 2 § 288, 1 a.

30) Vgl. oben S. 55 f.

pflichtig gemäß § 347 in Verb. mit §§ 987 ff. Sonst ist er nach Analogie von § 346 S. 2 nur zum einfachen Wertersatz verpflichtet. Die gegnerische Meinung berücksichtigt nicht, daß § 347 eine nach dem Leistungsempfang, in unserem Fall also nach Aufgabe des Forderungsrechtes durch den Gläubiger infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes eingetretene Unmöglichkeit der Rückgewähr voraussetzt. Im übrigen bestimmt sich der Inhalt des Rücktrittsrechts nach den §§ 346/356 (§ 327).

B. Gewährleistung wegen Sachmängeln.

Bei der Annahme an Erfüllungsstatt des § 365 hat der Schuldner auch für tatsächliche Mängel der hingegebenen Sache wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten. Es gelten also hierfür die Vorschriften der §§ 459 ff. Die Anwendung dieser Vorschriften macht im allgemeinen keine Schwierigkeiten, so daß es sich erübrigt, hier näher darauf einzugehen. Nur einige Punkte sind hervorzuheben:

1. Die Vorschriften über den Gattungskauf (§ 480) können hier keine Anwendung finden, da es keinen Vorvertrag über die Annahme an Erfüllungsstatt gibt, der Vertrag also immer nur über eine ganz bestimmte Sache geschlossen wird [31].

2. Die Frage, ob neben den Gewährleistungsansprüchen auch noch für den Gläubiger die Möglichkeit besteht, wegen erheblicher Mängel die Annahme an Erfüllungsstatt anzufechten, taucht hier besonders brennend auf, da sich die Annahme an Erfüllungsstatt durch Hingabe und Annahme der fehlerhaften Sache vollzieht. Es ist hier nicht der Ort, auf diese umstrittene Frage einzugehen [32]. Richtiger Ansicht nach können beide Ansprüche miteinander konkurrieren; denn es wäre unbillig, die in §§ 459 ff. erwähnten Mängel, die so weitgehende Rechte, wie auf Wandlung und Minderung geben, als unwesentliche Eigenschaften im Sinne von § 119 Abs. 2 zu bezeichnen [33].

3. Für die Wandlung gelten die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften (§ 467). Sie ist also nach den oben erwähnten

---

[31] Oben § 9 S. 31 ff.;
Berndorff S. 95;
Planck, Anm. 2 zu § 365.
Abweichend Staudinger Anm. 2b zu § 265;
Römer S. 118 f.;
van Koolwyk S. 42 ff., insbes. S. 46;
Fehr S. 33;
Quander S. 57 f.

[32] Vgl. über die verschiedenen Ansichten Enneccerus I, 2 § 335 III;
RG. Bd. 61 S. 174 ff., Bd. 62 S. 285 f.

[33] R. Leonhard, Allgem. Teil S. 496.
Abweichend Enneccerus a. a. O.

Grundsätzen zu behandeln. Die Minderung ist gemäß § 473 zu vollziehen[34]: Der Wert der Forderung des Gläubigers zur Zeit der Annahme an Erfüllungsstatt ist in Geld zu veranschlagen, diese Summe ist in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem der Wert der Sache in mangelhaftem Zustand hinter dem in mangelfreiem Zustand zurückbleibt. Den Unterschied hat der Schuldner herauszuzahlen.

---

[34]) Berndorff S. 96;
Planck Anm. 2 zu § 365;
van Koolwyk S. 44.

Hauptteil III.

Einzelfragen.

§ 14.

Zahlung von Geldschulden.

A. Allgemeines.

Geldschulden unterscheiden sich von allen übrigen dadurch, daß sie weder auf bestimmte Gegenstände gerichtet sind, noch auf Quantitäten vertretbarer Sachen einer bestimmten Gattung, sondern auf einen bestimmten Wert in Geld, ohne Rücksicht darauf, welche Sachen das sind. Die Menge von Geldzeichen, die zur Erfüllung einer Geldschuld zu übereignen ist, wird ausgedrückt durch den Betrag der Schuld, d. i. die Bezeichnung des Wertes, den die Summe der zu übereignenden Geldzeichen erreichen soll. Die Bezeichnung des Wertes erfolgt meistens durch Bezugnahme auf die am Erfüllungsort geltende Währung (1000 RM.), kann aber auch in anderer Weise geschehen, durch Bezugnahme auf andere — ausländische oder frühere — Währungen (1000 Dollar oder Taler). Geldschulden sind Wertschulden [1]: Ändert sich in der Zeit zwischen Abschluß des Schuldverhältnisses und Erfüllung die Währung, so ist die Schuld ohne weiteres in der neuen Währung erfüllbar. Dieses Wesen der Geldschuld als Wertschuld ist historisch zu verstehen. Noch heute gelten dafür die Ausführungen von Paulus in l. 1 D. 18, 1. Ursprünglich vollzieht sich aller Güterverkehr in Form des Tausches. Das hat aber den Nachteil, daß ein Austausch nur dann zustandekommt, wenn dem einen gerade das entbehrlich ist, was der andere braucht, und umgekehrt der andere etwas hingeben will, wonach sein Gegenkontrahent Bedürfnis hat. Daher schuf sich der Verkehr schon frühzeitig Tauschmittel, die allgemeinen Wert besaßen, so daß man sie leicht gegen andere Waren weiter tauschen konnte. Solche Waren waren bei den Römern in ältesten Zeiten Vieh, bei den Germanen Rinder

[1] Wolff, Geld § 50 I 3;
Leonhard, Lehrb. S. 59; derselbe in Birckm. Enzycl. S. 137;
Enneccerus I, 2 § 231 I, 1;
Wieland in ZHR. Bd. 83 S. 306 f.

und Leinwand, später Erz und schließlich edle Metalle, Gold und Silber, da mit gesteigertem Verkehr das Bedürfnis auftauchte, große Mengen des allgemeinen Tauschmittels leicht mit sich führen zu können [2]). In dem Augenblick, wo diese Tauschmittel allgemein genommen werden, auch wenn man im Einzelfall kein Bedürfnis danach hat, sondern weil man sie jederzeit gegen andere Güter weitertauschen kann, ist der Begriff „Geld" geschaffen, ohne daß es eines staatlichen Eingriffes bedarf [3]). Der Verkehr ist es, der bestimmt, welche Sachen Geld sind. „Geld sind bewegliche Sachen, die innerhalb einer größeren Verkehrsgemeinschaft bestimmungsgemäß als allgemeine Zahlungsmittel dienen." [4]) Wenn man das Geld nur als allgemeines Tauschmittel bezeichnet, so wird man seiner heutigen Bedeutung nicht ganz gerecht; denn beim Tausch nimmt man die eingetauschte Ware, auch um sie selbst zu verwenden, das Geld aber nimmt der Verkäufer nicht um des Gebrauchsnutzens willen, sondern um sich die Weiterbegebbarkeit (die Funktion) des Geldes zunutze zu machen. Daher ist es angebrachter, das Geld als Zahlungsmittel zu bezeichnen.

Nicht der Staat, sondern der Verkehr schafft das Geld. Unrichtig ist es daher, wenn einzelne Schriftsteller den Begriff des Geldes beschränken auf die staatlich geschaffenen Geldzeichen [5]), oder gar auf diejenigen staatlichen Geldzeichen, die mit Annahmezwang versehen sind [6]). Vielmehr sind diese beiden Geldarten — „Staatsgeld" und „Zwangsgeld" — nur einzelne Arten von Geld [7]). Richtig ist nur, daß die meisten Geldsorten, die sich im Verkehr befinden, heute vom Staat herausgegeben sind, und daß die meisten Staatsgeldsorten angenommen werden müssen, und zwar, soweit sie nicht ihren Wert in sich tragen, zu einem bestimmten Kurs. Im modernen Staat wird der Verkehr sehr stark vom Staat beeinflußt und nimmt regelmäßig als Geld an, was ihm der Staat als solches gibt. Dieses Staatsgeld muß aber dieselben Voraussetzungen erfüllen, die andere Dinge zu Geld werden ließen, insbesondere muß es von dem Vertrauen der beteiligten Verkehrskreise getragen sein, daß man es zu demselben Wert, zu dem man es selbst bekam, weitergeben könne. Dieses Vertrauen gründet sich regelmäßig darauf, daß das Geldstück entweder selbst seinen Wert in sich trägt — so bei den vollwertigen Metallmünzen — oder jederzeit vom Staate gegen vollwertige Münzen umgetauscht wird — so die Reichsbanknoten

---

[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht § 13 I;
Wolff, Geld § 46 I.
[3]) Nußbaum S. 14 f.
[4]) Wolff, Geld § 43, I;
Leonhard in Birckm. Enzycl. S. 137.
[5]) So Endemann § 21, I, 1.
[6]) So Hartmann S. 50;
Cohn in Endemanns Handb. III S. 1076 Anm. 10.
[7]) Leonhard a. a. O; derselbe, Lehrb. 1. Aufl. S. 24.

gemäß § 31 des Bankgesetzes vom 30. 8. 1924 —. Es kann sich aber auch auf andere Umstände stützen, wie z. B. bei den Rentenbankscheinen auf die Kreditfähigkeit der Volkswirtschaft. Der Staat kann dieses Vertrauen und damit die Geldeigenschaft gewisser von ihm so bezeichneter Dinge nicht erzwingen. Er kann zwar den Geldzeichen einen Zwangskurs verleihen, und damit bestimmen, daß sie zu einem Wert genommen werden müssen, den sie in Wirklichkeit nicht haben. Sowie aber der Staat dieses Recht mißbraucht, weigert sich der Verkehr, dieses Geld als allgemeines Tauschmittel anzunehmen, zunächst in der Form, daß er, da er den Nennwert des Geldes nicht heruntersetzen kann, die Preise der Kaufgegenstände heraufsetzt, diesen also einen höheren Scheinwert gibt und schließlich die Annahme des mißbräuchlich geschaffenen Geldes ganz verweigert. Beides haben wir in der Inflationszeit erlebt, gegen deren Ende hin niemand mehr einen Kaufvertrag mit Papiermark abschließen wollte, sondern nur noch mit anderen Geldzeichen die sich der Verkehr selbst — z. T. gegen gesetzliche Verbote (Notgeld) — geschaffen hatte; oder aber es wurden Verträge geschlossen, bei denen Sachleistungen gegen Sachwerte ausgetauscht wurden. Der Verkehr kann also Geld nicht nur schaffen, er kann es auch wieder abschaffen [8]).

Aus dem eben gekennzeichneten Wesen von Geld und Geldschulden ergeben sich wichtige Folgerungen für die Abgrenzung von Erfüllung und Annahme an Erfüllungsstatt. Da Geldschulden Wertschulden — nicht Gattungs- und nicht Einzelleistungsschulden — sind, ist ihre Erfüllungsmöglichkeit noch vielgestaltiger als bei diesen. Erfüllung kann bei Geldschulden auch das sein, was der Gläubiger weder verlangen, noch der Schuldner ohne Einwilligung des Gläubigers leisten darf; wenn nämlich die Erfüllung einer in inländischer Währung ausgedrückten Schuld durch Nichtwährungsgeld erfolgt (ausländisches, inländisches Notgeld, Scheidemünzen in höheren Beträgen usw.). Zwar ist hier eine Einigung zwischen den Parteien über die Tilgungswirkung der konkreten Leistung nötig, aber dennoch liegt keine Annahme an Erfüllungsstatt vor; denn es wird das Geschuldete, nicht ein anderes geleistet: Geschuldet ist Geld; die Benennung einer bestimmten Währung hat nur den Zweck, den Wert anzugeben, welchen die zur Erfüllung hingegebenen Geldzeichen zusammen erreichen müssen. Annahme an Erfüllungsstatt fängt erst da an, wo kein „Geld" mehr geleistet wird. Je weiter der Begriff Geld ausgedehnt wird, umso weiter wird auch die Grenze zwischen Erfüllung und Annahme an Erfüllungsstatt hinausgeschoben. Am engsten ziehen diese Grenze diejenigen Schriftsteller, die unter Geld nur Staatsgeld oder nur Zwangsgeld verstehen. Weiter geht Wolff; aber auch er will das von gewissen Wirtschafts-

[8]) Nußbaum S. 16.

körpern (Kommunen, Handelskammern, industriellen Unternehmungen usw.) in der Kriegs- und Inflationszeit geschaffene Notgeld nicht als Geld betrachten [9]). Er sieht in diesem Geld nur solches in wirtschaftlichem, nicht in rechtlichem Sinn, lehnt aber die sich aus dieser Auffassung ergebenden Schlußfolgerungen — Ungültigkeit der Lohnzahlung mit diesem Geld an gewerbliche Arbeiter (§ 115 GO.), Strafbarkeit der Arbeitgeber (§ 146 GO.) usw. — ab. Der Verkehr schafft das Geld, und es werden sich immer Schwierigkeiten ergeben, wenn man Geld in wirtschaftlichem und Geld im Rechtssinne unterscheiden will. So ist es ein innerer Widerspruch, wenn man den Schutz des § 935 Abs. 2, der dem Verkehr dienen soll, denjenigen Sachen verweigern will, die derselbe Verkehr zu Geld gemacht, der Staat aber nicht anerkannt hat. Geld ist vielmehr alles, was im Verkehr als solches gilt. Geldzahlung ist auch diejenige mit Silbermünzen im Gesamtbetrage von mehr als 20 RM., mit anderen Scheidemünzen im Gesamtwert von mehr als 5 RM. (§ 9 Münzgesetz vom 30. 8. 1924); ebenso ist auch die Zahlung von kleineren Beträgen mit Brief- und Stempelmarken als Erfüllung, nicht als Annahme an Erfüllungsstatt aufzufassen [10]). Geld waren auch die Reichskassenscheine vor 1914, obwohl sie von Privatleuten nicht angenommen werden brauchten [11]). Geld sind die Noten der Privatnotenbanken; auch ausländisches Geld ist Geld im Sinne des deutschen Rechtes, sofern es im Verkehr allgemein genommen wird, vor allem also in den Grenzbezirken [12]). Dagegen sind nicht Geld ungemünztes Gold und Silber und Inhaberpapiere schlechthin, vor allem nicht fällige Zinsscheine von Staatsanleihen, da sie nur gelegentlich zu Zahlungszwecken verwandt werden [13]).

---

[9]) § 44 2 b, § 48 VII;
gegen ihn Nußbaum S. 19.

[10]) Berndorff S. 18 Anm. 3.
And. M. Wolff § 43 I, 2.

[11]) Nußbaum S. 102.

[12]) Wolff a. a. O.
Vgl. auch Erkenntnis des Obertribunals vom 10. 10. 1861 in Buschs Arch. Bd. 6 S. 49: „Zur Gültigkeit der Zahlung in ausländischen Banknoten bedarf es deren ausdrücklicher Annahme an Zahlungsstatt nicht."
RG. v. 3. 6. 1920 in JurW. 1922 Bd. 22: „Goldmünzen fremder Währung stellen, wenn sie auch in Einzelfällen den Charakter einer Ware annehmen und als solche gehandelt werden können, grundsätzlich im internationalen Verkehr ebenso Zahlungsmittel dar, wie Münzen einheimischer Währung. Auch in ausländischer Währung ausgedrückte Schulden sind Geldschulden."
Ebenso VerZS. in RGE. Bd. 101 S. 312.

[13]) Wolf a. a. O.
Über die Frage, was Geld i. S. der Vorschriften der ZPO. ist, vgl. Koch in Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß Bd. 3 S. 363 f.

Eine andere Frage ist, ob der Gläubiger einer Geldschuld sich jede Zahlung mit Geld gefallen lassen muß, d. h. ob er in Annahmeverzug gerät, wenn er das Angebot zurückweist. Nach unserem Rechtssystem kommt er dies nur, wenn er Zahlung in der etwa ausdrücklich bedungenen Währung oder mit gesetzlichen Zahlungsmitteln (§ 5 Münzgesetz) ablehnt. Zu weit geht Berndorff[14]), der unter Umständen eine Pflicht zur Annahme von Nichtwährungsgeld aus § 242 herleiten will. Nur gesetzliche Zahlungsmittel sind aufdrängbar, alle anderen ablehnbar; es hat sich kein Gewohnheitsrecht dahin ausgebildet, daß auch andere Geldarten aufdrängbar seien[15]).

B. Zahlung durch Überweisung auf Konto.

Wenn der Schuldner, statt bar zu zahlen, den geschuldeten Betrag auf ein Postscheck- oder Bankkonto des Gläubigers überweist, so leistet er an Erfüllungsstatt; denn er leistet nicht das, wozu er verpflichtet ist. Seine Verpflichtung geht dahin, dem Gläubiger Eigentum an Geldstücken in Höhe des geschuldeten Betrages zu übertragen, er verschafft aber nur dem Gläubiger eine Geldforderung gegen die Bank oder gegen die Post[16]). Die gemachte Leistung weicht also sachlich von der geschuldeten ab, und zwar in einem über § 242 hinausgehenden Maße. Man kann dem Gläubiger nicht zumuten, sich einee solche Leistung als Erfüllung gefallen zu lassen, da er über den überwi senen Betrag erst verfügen kann, nachdem er Anweisung zur Auszahlung gegeben hat.

Diese Leistung an Erfüllungsstatt ist nicht eine solche des § 365, da nicht etwas Bestehendes an Erfüllungsstatt hingegeben wird, sondern ein Vermögensobjekt (die Forderung gegen die Bank) erst zu dem Zweck geschaffen wird, an Erfüllungsstatt hingegeben zu werden. Schuldtilgung tritt deshalb bloß ein, wenn die Forderung gültig und nicht einredebehaftet entsteht. Erfolgt daher z. B. irrtümlicherweise eine zu hohe Gutschrift seitens der Bank, so wird der Schuldner nur in Höhe des zu Recht bestehenden Betrages befreit.

Wie jede Leistung an Erfüllungsstatt, so setzt auch diese einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner über die Schuldtilgungswirkung voraus. Gibt jedoch, wie es bei Verträgen dieser Art häufig ist, der Gläubiger generell seine Zustimmung zur Überweisung, so liegt nicht mehr Leistung an Erfüllungsstatt, sondern Erfüllung vor[17]). Eine solche generelle Zustimmung ist darin zu finden, daß der Gläubiger sein Konto öffentlich bekannt gemacht hat oder daß der Gläubiger zu seinen Geschäftsbriefen

---

[14]) S. 18 Anm. 2.
[15]) Wolff § 45 I.
[16]) Hartung in Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 1911 S. 190.
[17]) Oben § 9 S. 31 ff.

Bogen verwendet, die den Aufdruck von Konten enthalten. Es gibt jedoch kein allgemeines Recht, an einen Gläubiger mit Bankkonto ohne weiteres durch Überweisung zu zahlen[18]). Überweist der Schuldner ohne irgendwelche Vereinbarung auf Konto des Gläubigers, so kann das Geschäft durch nachträgliche Annahme des Gläubigers zur Annahme an Erfüllungsstatt werden. Eine solche Annahme ist meist schon darin zu finden, daß der Gläubiger über den überwiesenen Betrag verfügt. Nimmt der Gläubiger die Überweisung nicht an, so erlischt auch seine Forderung nicht. Der Schuldner kann aber nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung Herausgabe des Geleisteten verlangeu.

Die Schuldtilgung tritt bei der zulässigerweise erfolgten Überweisung erst in dem Augenblick ein, in dem die Gutschrift gebucht wird. Bis zu diesem Augenblick ist dem Gläubiger noch nichts Endgültiges geleistet, da der Schuldner noch ein Widerrufsrecht hat[19]). Die Tilgung tritt in diesem Augenblick ein, ohne Rücksicht darauf, ob die Bank oder die Post dem Gläubiger Mitteilung von der Überweisung macht; denn über sein Guthaben kann der Gläubiger bereits im Augenblick der Gutschrift verfügen. Die genaue Festlegung des Tilgungszeitpunktes ist wichtig für die Frage, ob etwa der Schuldner noch rechtzeitig geleistet hat. Das Reichsgericht nimmt allerdings einmal an[20]), daß Befriedigung im Sinne von § 594 Abs. 2 schon herbeigeführt sei, wenn der Mieter bei einem Postamt seines Wohnsitzes auf das Postscheckkonto des Vermieters in dessen Einverständnis rechtzeitig einzahle. Doch kommt das Reichsgericht zu dieser Ansicht deshalb, weil es „Schuldort" und „Leistungsort" nicht scharf voneinander trennt und infolgedessen die Vorschrift des § 270 Abs. 4 dahin auslegt, daß auch für Geldschulden Leistungsort der Wohnsitz des Schuldners sei. Doch ist dem Gläubiger mit der Absendung noch gar nichts geleistet[21]). Zuzustimmen ist allerdings der Ansicht, daß der Gläubiger eine nach Fristablauf erfolgende Gutschrift auf Postscheckkonto dann als rechtzeitig gegen sich gelten lassen muß, wenn der Schuldner die Summe auf eine Postanweisung eingezahlt hat, und die Gutschrift nach § 4 Postscheck O. deshalb erfolgt, weil der Gläubiger beantragt hat, daß für ihn eingehende Postanweisungen seinem Konto gutgeschrieben würden, ohne Stellung dieses Antrages aber die Summe rechtzeitig ausbezahlt

---

[18]) RG. v. 25. 10. 1892 in JurW. 1892 S. 483.

[19]) Hartung in Sächs. Arch. f. Rechtspfl. 1911 S. 190;
RG. in LeipzZ. 1920 S. 481 Nr. 2.

[20]) In RGE. Bd. 99 S. 257.

[21]) Vgl. dazu Leonhard, Erfüllungsort S. 108 f.; derselbe, Lehrb. 2. Aufl. S. 63.
Planck Anm. 1 zu § 270.

worden wäre [22]). Doch hat auch in diesem Fall der Schuldner nicht rechtzeitig geleistet, es würde nur gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sich der Gläubiger auf Verspätung der Leistung berufen wollte.

C. Zahlung durch Wechsel.

Eine der häufigsten Erscheinungen im Wirtschaftsleben ist es, daß der zur Zeit nicht zahlungsfähige Schuldner einer Geldschuld seinem Gläubiger einen Wechsel gibt. Wenn die Parteien sich in einem solchen Fall darüber einig sind, daß das Schuldverhältnis erlöschen soll, so liegt Annahme an Erfüllungsstatt vor, da nicht das Geschuldete — Geld —, sondern etwas anderes — eine beurkundete Geldverbindlichkeit — geleistet wird. Zu beachten ist aber bei dieser Art von Annahme an Erfüllungsstatt, daß hier regelmäßig sehr genau geprüft werden muß, ob die Parteien wirklich Schuldtilgung wollten, oder ob der Wechsel nur erfüllungshalber gegeben ist: Regelmäßig ist die Hingabe des Wechsels nur Begründung eines neuen Forderungsrechtes zwischen den Parteien, dann nämlich, wenn der Schuldner seinem Gläubiger einen Wechsel akzeptiert, wenn er ihm einen eigenen Wechsel gibt, oder einen trassiert — eigenen Wechsel [23]). Für diese Fälle gilt die Auslegungsregel des § 364 Abs. 2, wonach im Zweifel nicht anzunehmen ist, daß die Hingabe des Wechsels an Erfüllungsstatt erfolgt ist. Vielmehr wird man mit der ständigen Rechtsprechung der Gerichte davon ausgehen, daß nur beim Vorliegen ganz eindeutiger Willenserklärungen eine Annahme an Erfüllungsstatt beabsichtigt ist. So ergibt sich aus der Annahmeerklärung des Gläubigers mit der Bemerkung: „Vorbehaltlich Eingangs, mit üblichem Vorbehalt, salvo incasso" usw. ohne weiteres, daß nur eine Annahme erfüllungshalber vorliegt. Ebensowenig aber ist es als Annahme an Erfüllungsstatt anzusehen, wenn der Gläubiger quittiert: „Wechsel in Zahlung gegeben, Wechsel als Zahlung erhalten" oder auch „Konto durch Wechsel ausgeglichen", da in allen diesen Fällen hervortritt, daß ein Wechsel zu Zahlungszwecken verwandt worden ist. Anders daher, wenn der Gläubiger einfach quittiert: „Betrag dankend erhalten" [24]). Zu weit geht das Reichsgericht [25]) in der Annahme, daß auch dann noch die Hingabe eines Wechsels über eine Kaufgeldschuld nur als Hingabe erfüllungshalber anzusehen sei, wenn der Gläubiger in der Erwartung, er werde aus dem Wechsel Befriedigung erlangen, diesen

---

[22]) Hartung a. a. O.;
RG. vom 6. 10. 1916 in Gruchots Beitr. Bd. 61 S. 122 f.

[23]) Berndorff S. 58.

[24]) Klausing S. 69;
OLGE. Bd. 34 S. 82 (Hamburg), Bd. 34 S. 374 (Dresden); Seuff. Arch. Bd. 72 S. 155, Bd. 72 S. 333.

[25]) Entsch. v. 7. 11 1917 in LeipzZ. Bd. 18 S. 620.

ohne besonderen Vorbehalt annimmt und vorbehaltlos die Gegenleistung ausantwortet. In diesem Fall hat nämlich der Gläubiger zu erkennen gegeben, daß er an der Aufrechterhaltung der alten Schuld kein Interesse hat, da ihm die neue sicher zu sein scheint; es besteht also kein Anlaß, ihn weitergehend zu schützen, als er dies selbst wollte. Vielmehr ist einer neueren Entscheidung des Reichsgerichts [26]) zuzustimmen: „Prolongationswechsel mögen regelmäßig nur zahlungshalber, nicht an Zahlungsstatt gegeben werden. Wird aber der alte Wechsel zurückgegeben, so wird damit zum Ausdruck gebracht, daß für die Erhaltung der doppelten Wechselverbindlichkeit kein Bedürfnis besteht. Daher kann dieser Umstand als Beweismittel dafür dienen, daß der Prolongationswechsel an Zahlungsstatt gegeben worden ist."

Die Auslegungsregel des § 364 Abs. 2 gilt aber nur für die Fälle, in denen die Hingabe eines Wechsels Begründung eines neuen Forderungsrechtes zwischen denselben Parteien ist. Sie trifft daher nicht den Fall, daß der Schuldner einen Wechsel, aus dem schon andere haften, an den Gläubiger indossiert, sei es nun, daß er einen Wechsel an eigene Order oder einen im Umlauf befindlichen Wechsel indossiert. Dies kommt darauf hinaus, daß dem Gläubiger eine schon bestehende Forderung gegen einen Dritten zur Befriedigung übertragen wird. Außerdem bekommt der Gläubiger bei der Eigenart des Indossaments auch eine Regreßforderung gegen seinen Schuldner. Dieser Umstand veranlaßt Berndorff [27]), anzunehmen, auch das Indossament sei nur Begründung einer neuen Verbindlichkeit zwischen denselben Personen. Denn das Garantieversprechen sei das Wesentliche beim Indossament und die Forderungsverschaffung insoweit für die juristische Natur des Vorganges unerheblich, als der Indossatar die Wechselforderung kraft Wechselrechts originär erwerbe und nicht, wie bei der zivilen Zession, von seinem Vormann herleite. Berndorff wendet daher §364 Abs.2 auch für das Indossament an.

Dagegen läßt sich aber geltend machen: Wie man den Rechtserwerb des Indossatars konstruiert, ist gleichgültig. Wirtschaftlich betrachtet werden jedenfalls durch das Indossament schon bestehende Forderungen gegen Dritte übertragen und das genügt, um § 364 Abs. 2 nicht anzuwenden. Die Regreßpflicht des Indossanten ist nur eine bedingte Verpflichtung und kann daher nicht dem ganzen Geschäft den Charakter aufprägen. Auch ergibt sich bei Berndorffs Auffassung folgendes merkwürdige Ergebnis: Indossiert der Schuldner einfach einen Wechsel, so greift § 364 Abs. 2 ein. Indossiert er „ohne Obligo", so ist die Auslegungsregel nicht anwendbar,

---

[26]) RGE. vom 14. 4. 1923 Bd. 107 S. 340;
RG. in JurW. 1924 S. 95.

[27]) S. 58.

da keine Regreßpflicht entsteht. Und doch bekommt im ersteren Fall der Gläubiger mehr Rechte als im letzteren. Man könnte nun einwenden, dann sei vielleicht im ersteren Fall der Drittschuldner zahlungsschwach, und der Gläubiger vertraue nur auf die Regreßpflicht seines Schuldners, so daß diese in der Tat als etwas Primäres erscheine. Allein das wird in den wenigsten Fällen so sein; denn wenn der Schuldner zahlungskräftig wäre, so hätte er seine Schuld bezahlt und nicht einen Wechsel gegeben. Wenn es aber ausnahmsweise so ist, so hat der Gläubiger eben auf die Zahlungsfähigkeit seines Schuldners vertraut, und es besteht kein Anlaß, ihn gemäß § 364 Abs. 2 zu schützen. Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß § 364 Abs. 2 nicht anwendbar ist, wenn der Schuldner seinem Gläubiger einen Wechsel indossiert.

§ 15.

Die Annahme an Erfüllungsstatt zur Erfüllung von Schenkungen.

§ 365 BGB. wird vor allem deshalb von vielen Schriftstellern bekämpft, weil er eine Haftung des an Erfüllungsstatt Leistenden als solchen festsetzt, ohne Rücksicht auf das Schuldverhältnis, zu dessen Erfüllung geleistet wird. Vor allem bei der Schenkung tritt hervor, daß die Festsetzung einer solchen Haftung verfehlt ist. Nimmt man § 365 wörtlich, so legt er auch dem Schenker die strenge Haftung des Verkäufers auf. Alle empfinden dieses Ergebnis als unbillig, viele aber nehmen es als vom Gesetzgeber gewollt hin [1]). Das Ergebnis ist aber so unbillig, daß viele Schriftsteller eine andere Lösung suchen. Manche [2]) suchen in der Weise abzuhelfen, daß sie die §§ 523, 524, die die gemilderte Haftung des Schenkers festsetzen, als Spezialgesetz gegenüber § 365 auffassen und daher vorgehen lassen. Man kann aber nicht die §§ 523, 524, die sich nur auf den (obligatorischen) Schenkungsvertrag beziehen, als Spezialgesetze gegenüber § 365, der sich mit dem Erfüllungsgeschäft befaßt, bezeichnen. Man könnte gerade umgekehrt § 365 als Spezialgesetz für die Erfüllung auffassen. Sohm [3]) will § 365 in der Weise ausschalten, daß er die schenkweise Zuwendung — auch wenn ein gültiges Schenkungsversprechen vorliegt — niemals als Erfüllung auffaßt, also auch, wenn etwas anderes hingegeben wird, nicht von Annahme an Erfüllungsstatt spricht. Sohm

---

[1]) So Pescatore S. 283;
RGRKomm. Anm. 1a zu § 365;
Endemann, Lehrb. § 142 Anm. 7;
Enneccerus § 288 Anm. 3.
Auch die Motive II S. 83 wollen den Schenker so haften lassen.

[2]) Oertmann Anm. 2 zu § 365; derselbe, Entgeltliche Geschäfte S. 96 f.
Planck Anm. 6 zu § 365.

[3]) Institutionen S. 599.

sieht in der Schenkungsleistung eine kausale Zuwendung, die nicht abstrakte Leistung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit ist, sondern ihren Rechtsgrund in sich selber trägt. Diese Ansicht erscheint aber im Hinblick auf § 518 Abs. 2 unrichtig: Wenn wirklich die Leistung zur Erfüllung eines Schenkungsversprechens ihren Rechtsgrund in sich selber trüge, so wäre es überflüssig, daß das Gesetz ausdrücklich einen Rechtsgrund ex post schafft, denn nach Sohms Ansicht bestände sowieso kein Bereicherungsanspruch desjenigen, der ein wegen Formmangels ungültiges Schenkungsversprechen erfüllt. Das Gesetz sieht aber offenbar die Leistung als abstrakt an, erfordert für sie, wie für jede abstrakte Leistung, einen Rechtsgrund und schafft diesen, um unliebsame Bereicherungsansprüche auszuschließen.

Bei allen diesen Konstruktionen wird von vornherein als feststehend angenommen, daß die Hingabe als Erfüllungsstatt zur Erfüllung von Schenkungen eine solche des § 365 ist, denn nur in diesem Fall ergeben sich die unliebsamen Folgerungen, die durch die Konstruktionen beseitigt werden sollen. Kommen wir aber zu dem Ergebnis, daß diese Annahme an Erfüllungsstatt nicht eine solche ist, auf die § 365 Anwendung findet, so heben sich die Schwierigkeiten von selbst. Und in der Tat kommen wir zu diesem Ergebnis: Wir sahen oben [4]), daß zur Anwendung des § 365 ein Verhalten des Schuldners vorliegen muß, welches den Sinn haben könnte, daß der Schuldner für die wirkliche und dauernde Rechtsverschaffung wie ein Verkäufer einstehen wolle. Bei der Schenkung liegt ein solches Verhalten nicht vor: Zwar bietet der Schuldner Rechtsübertragung in vollem Umfang an, aber unter Umständen, die nicht geeignet sind, eine Grundlage für die gesetzliche Fiktion zu bilden: Der Schuldner hat gar keine Veranlassung, für die Rechtsverschaffung so einstehen zu wollen, als ob er sie gegen Entgelt vornähme; denn das ganze Geschäft ist ein offensichtlich unentgeltliches [5]). Das wird besonders deutlich, wenn man sich die Frage vorlegt, ob der Eigentümer einer Sache, die ein Unberechtigter einem Gutgläubigen schenkungshalber an Erfüllungsstatt gegeben hat, die Sache von dem Erwerber herausverlangen kann. Niemand wird dem Eigentümer diesen Anspruch versagen, weil die Verfügung nicht unentgeltlich erfolgt sei; denn sonst wäre es ein leichtes, dem Eigentümer den Schutz, den ihm § 816 Abs. 1 Satz 2 gewähren will, zu entziehen. Ein Geschäft, das aber so offensichtlich den Charakter der Unentgeltlichkeit trägt, ist nicht geeignet, die Grundlage für eine Fiktion zu bilden, die an ein entgeltliches Geschäft anknüpft. Wir kommen somit zu dem Ergebnis, daß die Annahme an Erfüllungsstatt bei Schenkungen nicht eine solche im Sinne des § 365 ist. Sie löst also Gewährleistungspflichten nicht

---

[4]) S. 43 f.

[5]) Vgl. oben S. 24 f.

aus und bringt das Schuldverhältnis nur zum Erlöschen, wenn das an Erfüllungsstatt Angebotene wirklich in das Vermögen des Gläubigers übergeht.

Im übrigen ist bei der Schenkung scharf zu beachten, daß Annahme an Erfüllungsstatt nur vorliegt, wenn der Schenker unter Bezugnahme auf ein — wenn auch wegen Formmangels ungültiges [6]) — Schenkungsversprechen leistet, und zwar muß Einigung darüber, daß etwas anderes als das Versprochene geleistet wird, und Leistung ein rechtliches Ganzes bilden. Sonst liegt Umwandlung eines einfachen Schenkungsversprechens in ein solches mit Ersetzungsbefugnis des Schuldners vor, und was darauf geleistet wird, ist Erfüllung und nicht Annahme an Erfüllungsstatt [7]).

§ 16.

Die Hingabe an Erfüllungsstatt durch Dritte.

Wie ein Dritter für den Schuldner erfüllen kann, so kann er auch für ihn an Erfüllungsstatt leisten. Das ist unbestritten und war auch schon im römischen und gemeinen Recht anerkannt [1]). Ebenso, wie der Schuldner, bedarf auch der Dritte der Einwilligung des Gläubigers, um diesem an Erfüllungsstatt leisten zu können. Diese Annahme an Erfüllungsstatt hat nichts besonderes an sich und ist ebenso zu behandeln, wie die zwischen Gläubiger und Schuldner. Nur einige Punkte sind hervorzuheben:

1. § 364 Abs. 2 kann keine Anwendung finden. Wenn der Dritte dem Gläubiger gegenüber eine Verbindlichkeit zum Zweck der Erfüllung übernimmt, so kommt es wirtschaftlich auf dasselbe hinaus, als wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Forderung gegen den Dritten an Erfüllungsstatt abgetreten hätte. Für diesen Fall gilt aber die Auslegungsregel nicht.

2. Da bei der Annahme an Erfüllungsstatt eine andere Leistung als die geschuldete zum Erfüllungsgegenstand gemacht wird, kann abweichend von der Erfüllung der Dritte auch dann an Erfüllungsstatt leisten, wenn er nicht hätte erfüllen können, weil der Schuldner in Person zu leisten hatte [2]).

3. Wenn bei einer Annahme an Erfüllungsstatt nach Art des § 365 durch einen Dritten die Leistung Mängel hat, so trifft die Gewährleistungspflicht den Dritten. Den Schuldner trifft sie nur, wenn der Dritte als Vertreter für ihn handelte, oder wenn er eine ohne Vertretungsmacht für ihn erfolgte Hingabe an Erfüllungsstatt genehmigte. § 267 gibt dem

---

[6]) Oben S. 19 f.
[7]) Oben S. 32 f.
[1]) l. 5 D. 16, 1.
[2]) Schollmeyer, Schuldverhältnisse Anm. 2 zu § 364.
And. M. Fehr S. 9.

Dritten keine solche Vertretungsmacht, denn der Schuldner kann der Leistung durch den Dritten widersprechen, und dennoch kann der Gläubiger die Leistung mit befreiender Wirkung annehmen. Man kann daher nicht davon sprechen, daß der Schuldner durch den Dritten vertreten werde. Wörtlich genommen, bestimmt allerdings § 365, daß auch in dem Fall, daß ein nicht vertretungsberechtigter Dritter für den Schuldner leistet, den Schuldner die Gewährleistungspflicht treffe. Doch beruht diese zu weitgehende Fassung des § 365 nur auf einem Versehen der Redaktionskommission. Der erste Entwurf hatte die Frage, wer Gewähr zu leisten habe, nach den allgemeinen Vorschriften, m. a. W. danach, ob der Dritte als Stellvertreter gehandelt habe, oder nicht, entschieden [3]). Die zweite Kommission behielt diesen Standpunkt bei und überließ nur die Fassung der Redaktionskommission [4]). § 365 ist daher insoweit einschränkend auszulegen [5]). Wie bei der Hingabe an Erfüllungsstatt durch den Schuldner entstehen auch hier Schwierigkeiten, wenn der Gläubiger wegen Mängeln von seinem Recht aus § 323 Gebrauch macht, zurücktritt, oder wandelt. Regelmäßig ist der Dritte zur Rückgewähr der „Gegenleistung" nicht imstande, wenn er nicht den Schuldner bewegen kann, die erloschene Verpflichtung wieder zu übernehmen. Im Falle des § 323 hat er gemäß § 818 Abs. 2 Wertersatz zu leisten. Im Falle des Rücktrittes oder der Wandlung fragt es sich, ob der Dritte Schadensersatz zu leisten hat. Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, ob den Dritten ein Verschulden an der Unmöglichkeit trifft. Das kann man nicht sagen; denn es liegt in der Natur des zwischen dem Gläubiger und dem Dritten geschlossenen Angabevertrages, daß im Falle des Rücktrittes der Dritte die erloschene Forderung nicht wieder zurückgeben kann. Ein Verschulden an dieser Rechtsfolge trifft den Dritten nicht. Der Gläubiger brauchte sich ja auch nicht auf den Vertrag einzulassen [6]). § 347 setzt aber voraus, das infolge eines vom Dritten zu vertretenden Umstandes nach dem Leistungsempfang — nach Aufgabe des Forderungsrechts — die Rückgewähr der Leistung unmöglich geworden ist. Wie bei der Hingabe durch den Schuldner [7]) ist auch der Dritte regelmäßig nur zum Wertersatz in Analogie des § 346 Satz 2 verpflichtet und nur, wenn ihn nach der Leistung an Erfüllungsstatt ein Verschulden an der Unmöglichkeit der Rückgewähr trifft, zum Schadensersatz gemäß § 374 in Verbindung mit §§ 987 ff. [8]).

---

[3]) Motive II S. 84.
[4]) Protokolle II S. 333.
[5]) Planck Anm. 4 zu § 365;
Oertmann Anm. 3 zu § 365.
[6]) Cohn im „Recht" 1905 S. 102.
[7]) Oben S. 59 f.
[8]) So auch Planck Anm. 4 zu § 365; abw. in den früheren Aufl.

§ 17.

Die Annahme erfüllungshalber.

Da die schuldtilgende Wirkung der Annahme an Erfüllungsstatt nur auf dem Willen der Parteien beruht, so ist klar, daß die Parteien die Leistung eines aliud auch mit schwächerer Wirkung versehen können, nämlich in der Weise, daß nicht schon die Leistung des aliud den Schuldner befreit, sondern erst die materielle Befriedigung, die der Gläubiger durch die Verwertung des aliud bekommt. Die anderweitige Leistung ist also nur Mittel zum Zweck [1]), sie erfolgt nicht an Erfüllungsstatt, sondern erfüllungshalber. Die Hingabe erfüllungshalber bringt eine Ungewißheit in das Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner: Nur, wenn es dem Gläubiger gelingt, den erfüllungshalber gegebenen Gegenstand zu verwerten, ist der Schuldner — und nur in Höhe des erzielten Wertes — befreit. Die Parteivereinbarungen sind dahin aufzufassen, daß der Gläubiger von der Beitreibung der alten Forderung zunächst absieht und in erster Linie versucht, sich aus dem erfüllungshalber hingegebenen Gegenstand zu befriedigen. Erst, wenn feststeht, daß er trotz redlichen Bemühens keine Befriedigung erlangen konnte, darf er die alte Forderung wieder eintreiben. Bis dahin steht ihrer Geltendmachung eine Einrede aus dem Vertrag über die Hingabe erfüllnngshalber entgegen [2]). Der Gläubiger übernimmt in diesem Vertrag eine gewisse Sorgfaltspflicht bezüglich der Verwertung. Er hat die Pflicht, rechtzeitig etwa zu kündigen, zu mahnen, die Verjährung der erfüllungshalber abgetretenen Forderung zu verhüten, zu versuchen, für eine erfüllungshalber gegebene Sache den gängigen Markt- oder Börsenpreis zu erzielen [3]).

---

[1]) Berndorff S. 7.

[2]) Crome, System § 187 II.
Planck Anm. 2 zu § 364;
Cohn, Zahlungsgeschäfte S. 1084;
Oertmann Anm. 3a zu § 364;
Berndorff S. 5;
RGE. Bd. 65 S. 81.

[3]) Oertmann Anm. 3a zu § 364;
Berndorff S. 4/5.
RGE. Bd. 59 S. 192 legt dem Gläubiger, dem eine Hypothek erfüllungshalber abgetreten war, sogar die Pflicht auf, bei einer evtl. Zwangsversteigerung dafür zu sorgen, daß das Grundstück zu angemessenen Preise zuschlagen wird, damit die abgetretene Hypothek möglichst nicht ausfällt.
Vgl. auch RG. in LeipzZ. 1913 S. 293 Nr. 18: „Durch die Zession erfüllungshalber tritt eine Änderung des zwischen dem Zedenten und dem Zessionar bestehenden Schuldverhältnisses nur insoweit ein, als

Durch die Hingabe erfüllungshalber entsteht zwischen den Parteien ein fiduziarisches Rechtsverhältnis: Dem Gläubiger wird bewußt eine Rechtsstellung gegeben, die über den wirtschaftlichen Zweck des Geschäfts hinausgeht [4]. Diesem Zweck würde es genügen, wenn dem Gläubiger eine Veräußerungs- oder Inkassovollmacht eingeräumt würde. Bei der Hingabe erfüllungshalber wird aber nach außen hin der Gläubiger unbeschränkter Eigentümer bzw. Zessionar, im Innenverhältnis soll er aber die Interessen des Schuldners — mittelbar damit auch seine eigenen — wahrnehmen. So kann er z. B. die erfüllungshalber gegebene Sache wirksam verschenken, die abgetretene Forderung wirksam erlassen und dies auch dann, wenn der Dritterwerber bzw. Drittschuldner weiß, daß nur erfüllungshalber geleistet ist [5]. Im Innenverhältnis steht aber dann der Geltendmachung seiner alten Forderung eine Einrede entgegen. Denn im Innenverhältnis ist der Gläubiger bloß eine Art Beauftragter, dessen Geschäftsführungsbefugnis sich darin erschöpft, den Gegenstand zu verwerten und den Erlös unter Anrechnung auf den Schuldbetrag für sich zu behalten. Die Parteien geben aber dem Gläubiger die stärkere Rechtsstellung, um ihm die Geltendmachung des übertragenen Rechtes im eigenen Namen und sebstständig zu ermöglichen: Er soll gegen Dritte den Eigentumsanspruch aus § 985 haben und die abgetretene Forderung durch eine Feststellungsklage verteidigen können. Die fiduziarische Übertragung erfüllungshalber ist wesensverwandt mit der sogenannten Sicherungsübereignung. Hier wie dort wird an ein zwischen den Parteien bestehendes Schuldverhältnis angeknüpft. In beiden Fällen ist Zweck des fiduziarischen Geschäftes Sicherstellung des Gläubigers. Bei beiden Arten der Übertragung kann der Schuldner das zur Sicherung Gegebene zurückverlangen, wenn entweder die Forderung des Gläubigers gar nicht bestand, oder nachträglich erloschen ist. Der Unterschied zwischen beiden Arten ist nur der, daß bei der Sicherungsübereignung die Parteien davon ausgehen, die Befriedigung des Gläubigers werde im Wege der Erfüllung erfolgen, so daß es nicht zu einer Verwertung des Sicherungsgegenstandes kommen werde, während bei der Hingabe erfüllungshalber der Schuldner durch die Hingabe zugesteht, daß er zur Erfüllung außerstande ist. Praktisch drückt sich das darin aus, daß die Sicherungsüber-

---

letzterer verpflichtet wird, zunächst aus der abgetretenen Forderung mit verkehrsüblicher Sorgfalt seine Befriedigung zu suchen."

Vgl. OLG. Dresden vom 13. 2. 1918 in LeipzZ. Bd. 19 S. 1195: „Der Gläubiger, der einen ihm zahlungshalber gegebenen Wechsel angenommen hat, kann auf das Ursprungsgeschäft nur zurückgreifen, wenn er dartut, daß er ohne seine Schuld aus dem Wechsel Zahlung zu erhalten nicht vermag. Dies trifft zu, wenn der Wechsel infolge der Kriegsverhältnisse abhanden gekommen ist".

4) Brütt S. 6 ff.

5) Leist S. 79.

eignung an noch nicht fällige Forderungen anknüpft, während bei der Hingabe erfüllungshalber die zu „sichernde" Forderung schon fällig ist, der Gläubiger ihre Geltendmachung nur solange zurückstellt, bis feststeht, ob er aus dem neuen Gegenstand Befriedigung erlangt. Man kann sogar sagen, daß die Sicherungsübereignung in eine Hingabe erfüllungshalber übergeht, wenn der Schuldner bei Fälligkeit der Forderung zahlungsunfähig ist. Die Hingabe erfüllungshalber ist Sicherungsübereignung in ihrem letzten Stadium. Daraus ergibt sich, daß die rechtspolitischen Bedenken, die gegen die Sicherungsübereignung geäußert werden [6]), bei der Hingabe erfüllungshalber gar nicht auftauchen; denn diese Bedenken gründen sich darauf, daß bei der Eigentumsübertragung durch Besitzübermittelung nach § 930 die erwünschte Kenntlichkeit nicht gewahrt werde. Diese Bedenken sind in der Tat berechtigt bei der gewöhnlichen Sicherungsübereignung, weil hier oft auf lange Zeit hinaus ein Widerspruch zwischen der scheinbaren und der wirklichen Rechtslage besteht. Bei der Hingabe erfüllungshalber verbietet sich aber eine Übertragung gemäß § 930 von selber, da sie dem Gläubiger eine Verwertung fast unmöglich macht, und auch die erfüllungshalber abgetretene Forderung wird sofort nach ihrer Übertragung vom Gläubiger geltend gemacht. Aus der fiduziarischen Natur der Hingabe erfüllungshalber ergeben sich einige wichtige Folgerungen:

1. Ist eine Forderung gegen einen Dritten erfüllungshalber abgetreten, so kann der Drittschuldner dem Zessionar auch die Einreden entgegensetzen, die ihm nach der Zession gegen den Zedenten erwachsen sind [7]). Das ergibt sich daraus, daß der debitor cessus der Übertragung nicht als ein vollkommen unbeteiligter Dritter gegenübersteht, sondern ein erhebliches Interesse daran hat, das hinter der formellen Übertragung stehende materielle Geschäft aufzudecken; denn dieses ist bloß eine Übertragung zur Einziehung im eigenen Interesse. Es ist nicht eine „mangelnde Isolierung in Betrachtung des Innen- und Außenverhältnisses", wie Oertmann [8]) meint, sondern eine Berücksichtigung des Innenverhältnisses, die im Interesse der Billigkeit dringend geboten ist. Wollte man dem Drittschuldner diese Einrede abschneiden, so machten Gläubiger und Schuldner einen Gewinn, der ihnen nicht zusteht. Denn der Gläubiger hat von seinen Rechten nichts preisgegeben, sondern sich nur die Möglichkeit geben lassen, im eigenen Namen das Recht seines Schuldners geltend zu machen. Darin, daß er

---

[6]) v. Thur, Allgem. Teil II, 2 S. 197 f.

[7]) Davidsohn in Gruchots Beitr. Bd. 18 S. 9;
Kohler in IheringsJb. Bd. 16 S. 150 f.;
Regelsberger in Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 63 S. 176 f.
And. M. Lang in Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 83 S. 338;
Oertmann Anm. 5 zu § 117.

[8]) Anm. 5 zu § 117.

das Recht seines Schuldners geltend macht, liegt aber schon, daß er jede Veränderung anerkennen muß, die das Recht gerade aus dem Umstand heraus erleidet, daß es ein Recht dieses Schuldners ist. So z. B. wenn der Drittschuldner nach erfolgter Kenntnis von der Abtretung in die Lage kommt, gegen den Schuldner aufrechnen zu können. Anders, wenn der Schuldner und der Drittschuldner z. B. durch Erlaß oder Erfüllung auf den Bestand der Forderung einwirken. Eine solche Verfügung ist nur nach Maßgabe des § 407 wirksam. Wenn sich der Drittschuldner sonst auf das Innenverhältnis berufen will, steht ihm entgegen, daß er gerade durch die Verfügung gegen das Innenverhältnis verstoßen hat; denn dem Schuldner war jede Beeinträchtigung der Gläubigerstellung untersagt. Der Aufdeckung des Innenverhältnisses stände somit eine Arglist-Gegeneinrede entgegen. Diese Gegeneinrede steht aber dem Schuldner nicht entgegen, wenn er eine Einrede erwirbt, ohne gegen den Inhalt des Übertragungsvertrages zu verstoßen, wie eben z. B. in dem Fall, daß er nachträglich eine Aufrechnungsmöglichkeit gegen den Schuldner bekommt.

2. Im Konkurse des Gläubigers hat der Schuldner ein Aussonderungsrecht, sofern er Erfüllung der zugrundeliegenden Verbindlichkeit anbietet [9]). Dieses Recht entspricht einem dringenden Billigkeitsbedürfnis. Bei gegenteiliger Ansicht würden die Konkursgläubiger u. U. einen Gewinn machen, den sie nur der formalen Stellung des Gemeinschuldners als Eigentümers oder Zessionars verdanken; wenn z. B. der erfüllungshalber gegebene Gegenstand mehr wert ist, als die zugrundeliegende Forderung, so hätte der Schuldner nur einen Konkursgläubigeranspruch auf Herauszahlung des Mehrerlöses. Aber nicht nur Billigkeitsgründe sprechen für die Annahme eines Aussonderungsrechtes, sondern auch die positive Regelung in § 392 Abs. 2 HGB [10]). Hier ist bestimmt, das die Forderungen aus einem Geschäft, daß der Kommissionär abgeschlossen hat, auch wenn sie nach außen hin noch dem Kommissionär zustehen, im Innenverhältnis doch schon als Forderungen des Kommittenten gelten und zwar auch gegenüber den Gläubigern des Kommissionärs. Wir haben also hier eine Übertragung der Wirksamkeit des Innenverhältnisses auf das Verhältnis zu Dritten, und, daß dieser Gedanke nicht nur ausnahmsweise gesetzlich anerkannt ist, sondern auch den Vorschriften der Konkursordnung zugrundeliegt, ergibt sich auch aus den Verhandlungen bei Beratung der Konkursordnung [11]). Diese Frage hängt übrigens eng mit derjenigen zu 1. zusammen [12]).

---

[9]) Jaeger, KO. Anm. 44 zu § 43 und die dort Zitierten.
[10]) Brütt S. 9.
[11]) Vgl. Lang in Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 83 S. 345.
[12]) Lang a. a. O. S. 351;
Oertmann Anm. 5 zu § 117.

3. Eine Forderung kann erfüllungshalber abgetreten werden, auch wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Das ergibt sich aus der fiduziarischen Natur der Übertragung erfüllungshalber, die den Schuldner bezüglich seiner Einreden nicht schlechter stellt, als wenn der bisherige Gläubiger selbst die Leistung verlangte. Die bloße Tatsache aber, daß der Schuldner nun an einen anderen leisten muß, ist keine Änderung des Leistungsinhaltes, die sich der Schuldner nicht zu gefallen lassen brauchte. Denn sonst wäre ja nach § 399 jede Forderungsabtretung ausgeschlossen[13]). Ein wichtiges Argument dafür, daß eine Forderung trotz eines pactum de non cedendo erfüllungshalber übertragen werden kann, ergibt sich aus § 851 Abs. 2 ZPO. In der Zwangsvollstreckung gibt es bei der Zwangsvollstreckung in Forderungen zwei Möglichkeiten, entweder Pfändung und Überweisung an Zahlungsstatt oder Pfändung und Überweisung zur Einziehung. Diese beiden Arten entsprechen der Annahme an Erfüllungsstatt und der Annahme erfüllungshalber. Bei der Überweisung an Zahlungsstatt geht die überwiesene Forderung vollständig über und die Forderung des Gläubigers erlischt, sofern die überwiesene Forderung besteht. Bei der Überweisung zur Einziehung behält der Gläubiger die alte Forderung. Er hat nur das Recht, die überwiesene Forderung im eigenen Interesse — allerdings nicht im eigenen Namen — geltend zu machen. Die Rechtsstellung des Gläubigers als einen bloßen Einziehungsbevollmächtigten ist hier noch schärfer hervorgehoben, als bei der Abtretung erfüllungshalber. Im § 851 Abs. 2 ZPO. ist nun ausdrücklich anerkannt, daß eine Forderung zur Einziehung überwiesen werden kann, obwohl ihre Abtretung durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner ausgeschlossen ist. Da aber die Abtretung erfüllungshalber nicht wesensverschieden ist von der Überweisung zur Einziehung, steht nichts im Wege, auch die Abtretung trotz einer entgegenstehenden Vereinbarung zu gestatten.

Oben wurde gesagt, daß der Gläubiger bezüglich der Verwertung des erfüllungshalber Gegebenen gewisse Pflichten übernehme. Diese Pflichten entspringen dem Treuhandverhältnis und sind dementsprechend beschränkt. Wenn z. B. der Drittschuldner einer abgetretenen Forderung diese bestreitet, und ein etwaiger Prozeß unsicher erscheint, wenn sich herausstellt, daß die erfüllungshalber gegebene Sache nur unter großen Schwierigkeiten zu verwerten ist, oder wenn die Umstände sich inzwischen so verändert haben, daß dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann, zunächst aus dem hingegebenen Gegenstand Befriedigung zu suchen, so kann der Gläubiger den Gegenstand zurückgeben und auf das alte Schuldverhältnis zurückgreifen[14]).

---

[13]) Vgl. Planck Anm. 1 zu § 399.

[14]) Berndorff S. 6;
RG. vom 28. 10. 1922 in Zeitschr. f. Rechtspfl. in Bayern 1923 S. 96.

Das Mißlingen des Befriedigungsversuches ist aber nicht klagbegründende Tatsache, wie Berndorff[15]) meint. Der Klaggrund bleibt vielmehr nach wie vor derjenige der alten Forderung. Durch die Hingabe erfüllungshalber wird nur zugunsten des Schuldners eine Einrede, exceptio pacti, geschaffen[16]). Sache des Schuldners ist es, die Verabredung der Hingabe erfüllungshalber zu beweisen. Hat er sie bewiesen, so steht damit fest, daß der Gläubiger sich verpflichtet hat, nicht früher die alte Forderung geltend zu machen, als bis feststeht, daß er keine Befriedigung zu erlangen vermag. Nunmehr erst ist es Sache des Gläubigers, im Wege der Gegeneinrede zu behaupten und zu beweisen, daß ihm eine Verwertung oder bessere Verwertung unmöglich war. Letzten Endes trifft ihn also allerdings die Beweislast dafür, daß er die Beitreibung der erfüllungshalber abgetretenen Forderung, die Verwertung der erfüllungshalber gegebenen Sache ordnungsmäßig versucht hat[17]). Daß aber dieser Beweis nicht zum Klaggrund gehört, ist wichtig z. B. für den Urkundenprozeß, wo der gesamte Klaggrund durch Urkunden beweisbar sein muß (§ 592 ZPO.).

---

15) S. 6.
16) Crome, System § 187 Anm. 28.
17) Leonhard, Beweislast S. 375;
RG. vom 4. 1. 1899 in Sächs. Arch. Bd. 10 S. 239.

Lebenslauf.

Geboren bin ich am 26. Nov. 1903 in Düsseldorf als Sohn des Oberpostsekretärs Heinrich Hartmann und seiner Ehefrau Therese geb. Bittel. Nach Besuch des Hohenzollern-Gymnasiums in Düsseldorf, des Bischöflichen Gymnasiums in Straßburg i. Els. und des Gymnasiums in Mühlhausen i. Thür. bestand ich an letzterer Anstalt Ostern 1922 die Reifeprüfung. Nachdem ich mich sodann dem Studium der Rechtswissenschaft zugewandt hatte, bestand ich am 18. Februar 1926 vor dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Prüfung. Seit dem 10. Mai 1926 bin ich im juristischen Vorbereitungsdienst tätig. Am 11. Oktober 1927 bestand ich vor der Juristischen Fakultät in Marburg a. d. Lahn die mündliche Doktorprüfung.

Ich möchte nicht verfehlen, Herrn Geh. J.-R. Prof. Dr. Leonhard auch an dieser Stelle meinen herzlichsten Dank zu sagen für die wertvollen Anregungen, die er mir zur vorliegenden Arbeit gegeben hat.